J. germ. 49 w

Ergänzungen und Erläuterungen

der

Preussischen Rechtsbücher

durch

Gesetzgebung und Wissenschaft.

Unter Benutzung der Justizministerial-Akten und der Gesetz-Revisions-Arbeiten,

herausgegeben

von

H. Gräff, Justiz-Rathe. **C. F. Koch,** Ob.-Ld.-Ger.-Rathe. **L. v. Rönne,** Kammer-Ger.-Rathe. **H. Simon,** Ob.-Ld.-Ger.-Assessor. **A. Wentzel,** Stadt-Ger.-Director.

Dritter Supplementband zur ersten Ausgabe,

gleichzeitig

erster Supplementband zur zweiten Ausgabe,

bearbeitet

von

H. Gräff, Justiz-Rathe. **L. v. Rönne,** Kammer-Gerichts-Rathe. **H. Simon,** Stadt-Gerichts-Rathe.

Erste Abtheilung.

Ergänzungen zum Allgemeinen Landrecht Theil I. und Theil II. Titel 1—6.

Breslau,

bei Georg Philipp Aderholz.

1846.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Allgemeines Landrecht.

Zur allgemeinen Einleitung.

Zu C. Neuere Gesetzgebung.

1) Es ist ferner zu Anfang des Jahres 1844 das Provinzial-Recht für Westpreußen (87 Paragraphen enthaltend) erschienen und mittelst Publikations-Patents v. 19. April 1844 (G. S. 1844 S. 103.) emanirt worden.

(Vergl. zum §. IV. des Publik. Pat. v. 5. Febr. 1794.)

2) Die Geschichte der Entstehung des „Ersten Anhanges zum Allgem. Landrechte" und die vollständigen Materialien desselben werden mitgetheilt in dem Werke des

Dr. Löwenberg (O. L. G. Rath, jetzt K. G. Rath), Beiträge zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung. Aus amtlichen Quellen bearbeitet und mit höherer Genehmigung herausgegeben. 2 Bde. Berlin. 1843. 8.

und zwar in dessen Bd. 2, welcher auch den besonderen Titel führt:

Materiallen des Anhanges zum Allgem. Landrecht und zur Allgem. Gerichts-Ordnung. Mit höherer Genehmigung herausgegeben. Berlin. 1843. 8.

Vergl. die Recension im Centralblatte 1843. S. 399 ff.

3) Ueber die gegenwärtigen Verkaufspreise für Exemplare der Gesetz-Sammlung vergl. die Ankündigung des Debits-Komptoirs der Gesetz-Sammlung v. 31. Dec. 1844 im Justizmin. Bl. 1845. S. 7.

4) Von dem Justizministerial-Blatte für die Preuß. Gesetzgebung und Rechtspflege sind bis jetzt 7 Jahrgänge (1839—1845) erschienen. Dazu:

Haupt-Register zu den ersten fünf Jahrgängen des Justizministerial-Blattes rc. (1839—1843). Herausgegeben mit Genehmigung des Justizministeriums. 4. Berlin. 1844. (20 Sgr.)

5) Ueber die bisherigen Resultate der angeordneten Gesetz-Revision vergl.:

a) v. Kamptz, aktenmäßige Darstellung der Preuß. Gesetz-Revision. Berlin. 1842. 8. (Auch abgedruckt in dessen Jahrb. Bd. 60. S. 1 ff.)

b) Centralblatt für Preuß. Juristen. 1843. S. 30 ff. u. S. 60 ff. Vergl. ebendas. S. 138.

Zu D. Privat-Sammlungen der Quellen.

1) Von den v. Kamptzschen Jahrbüchern für Preuß. Gesetzgeb., Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, sind ferner die Jahrgänge 1843 bis 1845 (Bd. 59—64.) erschienen.

2) Von dem Centralblatte für Preuß. Juristen sind ferner die Jahrg. 1842 und 1843, redigirt von Dr. Straß (Kr. J. R. u. J. K.) erschienen. Hiernächst ist dasselbe eingegangen.

3) Von der Juristischen Wochenschrift für die Preuß. Staaten sind ferner erschienen: Jahrg. 1842 (redigirt von F. S. A. Hinschius [J. R.] u. J. D. H. Temme [Krim. Dir.]), Jahrg. 1843 (redigirt von J. D. H. Temme), Jahrg. 1844 (redigirt von J. D. H. Temme und Th. Arndts [J. R.]) u. Jahrg. 1845 (redigirt von Th. Arndts).

Zu E. Literatur.

1) Zu III. Systeme, Hand- und Lehrbücher.

Dr. C. A. Th. Laspeyres, System des Preuß. Privatrechtes. Zum Gebrauche bei Vorlesungen im Grundrisse entworfen. Halle. 1843 8. (1½ Thlr.) (Vergl. die Recensionen von Sommer in Ulrich's Arch. Bd 9. S. 168. und von Temme in der Jur. W. 1843. S. 395.)

J. A. L. Fürstenthal (O. L. G. Rath), das Preuß. Civilrecht nach Anleitung und der Titelfolge des Allgem. Landrechts, mit Berücksichtigung der neueren Gesetze, der Doktrin, der Praxis und des Römischen Rechts dargestellt und erläutert. Königsberg. 1843—45 8. (3 Thlr.)

Dr. C. F. Koch, Lehrbuch des Preuß. gemeinen Privatrechts. Bd. I. Berlin. 1845. 8.

Dr. W. Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts, mit Benutzung der Materialien des Allgem. Landrechts. 2. verm. und verbess. Ausgabe. 6 Bde. Berlin. 1842—45. 8.

2) Zu IV. Sammlungen von Abhandlungen, Aufsätzen und Rechtssprüchen.

a) Von den: „Entscheidungen des Geh. Ob. Tribunals" sind ferner erschienen: Bd. 7. Berlin. 1842, herausgeg. von Simon u. Hinschius, Bd. 8 u. 9. Berlin 1843 u. 1844, herausgeg. von den Geh. Ob. Trib. Räthen Dr. Seligo u. Ulrich, und Bd. 10. Berlin. 1845, herausgeg. von den Geh. Ob. Trib. Räthen Dr. Seligo, Ulrich u. Rintelen.

b) Von dem: „Neuen Archiv für Preuß. Recht und Verfahren ꝛc." sind ferner erschienen: Bd. 8. Arnsberg. 1843, herausgeg. von Ulrich, Sommer, Böle u. Piners, Bd. 9, 10 u. 11. Arnsberg. 1844—46, herausgeg. von Sommer u. Böle.

c) Von Koch's Schlesischem Archiv für die praktische Rechtswissenschaft ist ferner Bd. 5. Breslau. 1844, nebst Sachregister über die 5 ersten Bde. erschienen und Bd. 6. Heft 1.

d) H. Gräff, Archiv für das Preuß. Handels- und Wechsel-Recht. Bd. I. H. 1 u. 2. Breslau. 1845. 8.

e) Dr. Löwenberg (O. L. G. Rath, jetzt K. G. R.), Beiträge zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung. Aus amtlichen Quellen bearbeitet und mit höherer Genehmigung herausgegeben. 2 Bde. Berlin. 1843. 8.

f) A. Wentzel, Zeitfragen auf dem Rechtsgebiete. 1. Heft. Halle. 1842. 8.

g) Das R. v. 9. Dec. 1842 empfiehlt eine von dem O. L. G. Rath Ulrici unter dem Titel: „Archiv der ost- und westpreuß. Provinzialrechte ꝛc." herauszugebende Zeitschrift mit dem Bemerken, daß davon das erste Heft bereits erschienen sei [1]).

(Justizmin. Bl. 1842. S. 388.)

Zu den Publikations-Patenten.

A. Zum Publikations-Patent v. 5. Febr. 1794.

Zum §. III.

G. v. 11. Juli 1845 wegen Aufhebung der im Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz geltenden besonderen Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. verordnen in Berücksichtigung des von Unsern getreuen Ständen der Provinz Schlesien vorgetragenen Wunsches, auf den Antrag Unsers Staatsministeriums und nach vernommenen Gutachten Unsers Staatsraths, was folgt:

§. 1. Alle, die ehelichen Güterverhältnisse, die Erbfolge der Ehegatten und Verwandten, so wie die Erbauseinandersetzung betreff. besonderen Gesetze, Statuten und Gewohnheiten, welche in dem Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz, sei es im ganzen Umfange dieser Landestheile, oder nur in einzelnen Distrikten oder Orten, Anwendung finden, und nicht bereits durch die Gesetze v. 11. Mai 1839 und 30. Juni 1841, so wie durch die V. v. 25. Okt. 1841 aufgehoben worden sind, werden mit dem 1. Jan. 1846 außer Kraft gesetzt, so weit nicht die §§. 2 und 3 Einschränkungen enthalten.

§. 2 Das gegenwärtige G. bezieht sich nicht auf diejenigen Theile des Herzogthums Schlesien, die zu andern Provinzen der Monarchie geschlagen worden sind, auch findet dasselbe keine Anwendung auf die durch die V. v. 30. April 1815, oder durch spätere Anordnungen, mit der Provinz Schlesien vereinigten Distrikte und Orte.

---

[1]) Im Buchhandel ist diese Schrift nicht angekündigt worden.

§. 3. Die provinzialrechtlichen Normen über die Lehnssuccession werden durch das gegenwärtige G. nicht aufgehoben.

Auch wird, so weit über die Erbfolge in Allodialrittergüter besondere provinzialrechtliche Normen noch in Anwendung sind, hierin durch gegenwärtiges G. nichts geändert. Insbesondere gilt dieses von den Bestimmungen des Patents v. 5. Nov. 1788 über die Allodifikation der Lehne im Fürstenthume Sagan und der Ordre v. 23. Jan. 1772 über die Succession in die allodifizirten Lehne.

§. 4. An die Stelle der aufgehobenen Rechte (§. 1.) treten die Vorschriften Unseres A. L. R. nebst den dasselbe abändernden, ergänzenden und erläuternden Bestimmungen.

§. 5. In Beziehung auf die vor dem 1. Jan. 1846 vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten finden die Grundsätze der §§. 8—14 des Publikationspatents v. 5 Febr. 1794 und der §§. 14 u. ff. der Einl. zum A. L. R. unter folgenden näheren Bestimmungen Anwendung.

§. 6. Letztwillige Verordnungen, welche vor dem 1. Jan. 1846 errichtet sind, werden in Rücksicht ihres Inhalts als gültig angesehen, in sofern ihnen nicht Prohibitivgesetze zur Zeit des Erbanfalls, insbesondere hinsichtlich der Erbfähigkeit der eingesetzten Erben und des Pflichttheils entgegenstehen.

§. 7. Die gesetzliche Erbfolge zwischen Eltern und Kindern, so wie andern Familiengliedern richtet sich in allen bis zum 1. Jan. 1846 eintretenden Erbfällen nach den bisherigen Rechten, in allen späteren Erbfällen aber nach den Bestimmungen des A. L. R.

§. 8. Was das rechtliche Verhältniß der Eheleute betrifft, welche sich vor dem 1. Jan. 1846 verheirathet haben, so sollen:

1) die Rechte und Pflichten derselben unter Lebendigen, so wie die Grundsätze wegen der Vermögensauseinandersetzung bei Trennung der Ehe durch richterliches Erkenntniß, nach den zur Zeit der Eingehung derselben gültigen Vorschriften bestimmt werden; doch soll es denjenigen Eheleuten, deren Ehe schon jetzt mit Gütergemeinschaft verbunden ist, oder die derselben nach den bisherigen besonderen Gesetzen u. s. w. durch spätere Vererbung, oder durch die Dauer der Ehe während einer bestimmten Zeit, unterworfen werden möchten, bis zum 1. Jan. 1847 freistehen, dieselbe durch Vertrag mit Beobachtung der in den §§. 422 u. ff. des Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. und in dem G. v. 20. März 1837 vorgeschriebenen Bedingungen für die Zukunft auszuschließen;

2) bei der gesetzlichen Erbfolge soll dem überlebenden Ehegatten, er mag in Gütergemeinschaft gestanden haben oder nicht, die Wahl zustehen, ob er nach den früheren Rechten oder nach den Vorschriften des A. L. R. beurtheilt sein wolle.

Urkundlich ꝛc. (G. S. 1845. S. 471.)

Zum §. IV.

1) Ueber die Fortschritte der Revision der Provinzialrechte seit der Errichtung des Justizministeriums für die Gesetzrevision, vergl. v. Kamptz, aktenmäßige Darstellung der Preuß. Gesetz-Revision. Berlin. 1842. 8. Abschn. II. sub Nr. II. S. 150 ff.

2) Es ist ferner das Provinzial-Recht für Westpreußen erschienen und mittelst Publikat. Patents v. 19. April 1844 vom 1. Juli 1844 an eingeführt worden [1]).

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc. Nachdem die in Westpreußen gültigen Provinzialrechte gesammelt, und Unsere getreuen Provinzialstände des Königreichs Preußen mit ihrer Erklärung über diese Sammlung gehört worden, haben Wir beschlossen, die zur ferneren Beibehaltung geeignet befundenen, nach der Ordnung des A. L. R. zusammengestellten Bestimmungen als

Provinzialrecht für Westpreußen

publiziren zu lassen, und verordnen demnach auf den Antrag Unseres Staatsministeriums, nach vernommenem Gutachten einer aus Mitgliedern Unseres Staatsraths ernannten Kommission, was folgt:

§. 1. Das Provinzialrecht hat Gesetzeskraft in denjenigen jetzt zur Provinz Preußen gehörenden Landestheilen, welche im Jahre 1806 zu Westpreußen gerechnet wurden, mit Einschluß des Thorner Kreises in seiner gegenwärtigen Begränzung.

§. 2. Ausgenommen hiervon sind:

a) die zu dem frühern Marienwerderschen landräthlichen Kreise gehörigen Landestheile (Ostpreuß. Provinzialrecht, Zus. 1. §. 2.);

b) die Stadt Danzig und deren Gebiet, wie solches im Jahre 1793 mit der Monarchie vereinigt worden.

§. 3. Das Provinzialrecht erhält mit dem 1. Juli 1844 Gesetzeskraft. Es tritt an die Stelle des Preuß. Landrechts von 1721 und der übrigen das Privatrecht betr. Provinzialgesetze, Gewohnheiten und Observanzen, und es soll von dem gedachten Zeitpunkte ab auf dergleichen provinzialrechtliche Normen bei Beurtheilung späterer Fälle nicht mehr zurückgegangen werden.

§. 4. Es sollen jedoch die auf das jus terrestre nobilitatis Prussiae sich gründenden Bestimmungen der Westpreuß. Regierungs-Instruktion v. 21. Sept. 1773 über die Erbfolge des Adels, so weit dieselben durch spätere Erlasse, insbesondere durch die V. v. 29. Mai 1840, nicht abgeändert sind, in demjenigen

---

[1]) Auf die einzelnen Paragraphen des Westpreuß. Provinz. Rechts selbst wird betreff. Orts hingewiesen.

Theile von Westpreußen, in welchem sie gegenwärtig noch bestehen, bis auf weitere Anordnung in Kraft bleiben.

§. 5. Diejenigen Ortsstatuten und Gewohnheiten, auf welche in den allgemeinen Landesgesetzen oder in dem Provinzialrechte ausdrücklich verwiesen ist, bleiben ferner in Kraft. Andere dergleichen Statuten und Gewohnheiten privatrechtlicher Natur behalten zwar für jetzt noch neben dem Provinzialrecht ihre Gültigkeit, sie müssen aber bis zum 1. Juli 1847 von den Ortsgemeinden gesammelt und zu Unserer landesherrlichen Bestätigung vorgelegt werden. Mit dem Ablauf dieses dreijährigen Zeitraums kann auf die nicht bestätigten Orts-Statuten und Gewohnheiten privatrechtlicher Natur bei Entscheidung künftiger Fälle nicht weiter zurückgegangen werden.

§. 6. Die in den §§. VIII., IX. und X. des Publikationspatents zum A. L. R. v. 5. Febr. 1794 aufgestellten Grundsätze sollen auch auf das gegenwärtige Provinzialrecht Anwendung finden.

§. 7. Das Verhältniß der Eheleute, welche sich vor dem 1. Juli 1844 verheirathet haben, soll in Ansehung der Rechte und Pflichten unter Lebendigen, so wie der Grundsätze über die Vermögensauseinandersetzung bei Trennung der Ehe durch richterliches Erkenntniß, nach den Gesetzen, welchen die Eheleute zur Zeit der geschlossenen Ehe unterworfen waren, bestimmt werden. Bei der Erbfolge hingegen, in sofern dieselbe nicht auf Verträgen oder letztwilligen Verordnungen beruht, soll der überlebende Ehegatte die Wahl haben, ob er nach den zur Zeit der geschlossenen Ehe geltend gewesenen Gesetzen, oder nach den Vorschriften des A. L. R. erben wolle.

§. 8 Die Verjährung soll in denjenigen Fällen, in denen sie vor dem 1 Juli 1844 vollendet ist, nach den bisherigen Rechten beurtheilt werden, wenn auch die daraus entstehenden Befugnisse oder Einwendungen erst späterhin geltend gemacht werden. In solchen Fällen aber, in welchen die bisherige gesetzmäßige Frist zur Verjährung mit dem 1. Juli 1844 noch nicht abgelaufen ist, sollen, so weit es nicht auf die Zulässigkeit des Anfangs der Verjährung oder auf eine vor dem gedachten Zeitpunkte Statt gefundene Unterbrechung ankommt, die allgemeinen Landesgesetze zur Anwendung gebracht werden.

Sollte jedoch zur Vollendung einer vor dem 1. Juli 1844 angefangenen Verjährung in den allgemeinen Landesgesetzen eine kürzere Frist als in den bisherigen Provinzialgesetzen vorgeschrieben sein, so kann derjenige, welcher in einer solchen kürzeren Verjährung sich gründen will, die Frist nur v. 1. Juli 1844 an berechnen.

§. 9. In Ansehung des Verhältnisses des Staats zur katholischen Kirche, so wie der verschiedenen christlichen Religionspartheien gegen einander, wird durch gegenwärtiges Gesetz nichts geändert.

§. 10. Die im §. VII. des Publikationspatents zum A. L. R. v. 5. Febr. 1794 angeordnete Suspension einzelner in den drei ersten Titeln des zweiten Theils des A. L. R. enthaltenen Bestimmungen hört mit dem 1. Juli 1844 im Bezirk dieses Provinzialrechts auf.

Urkundlich ꝛc.

Gegeben Berlin, den 19. April 1844. Friedrich Wilhelm.

(G. S. 1844. S. 103.)

3) Ueber die Frage: ob und in wieweit die Provinzialrechte aufrecht zu erhalten? vergl. Evelt (L. u. St. G. Dir.), über Provinzialrechte. (Ulrich Bd. 3. S. 151 ff.)

Zum §. VII.

I. Ueber die Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theils.

1) Ueber die Frage: ob die Vorschrift des §. 1. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. zu den suspendirten Stellen des A. L. R. zu rechnen? vergl. Zus. zum A. L. R. II. 2. §. 1.

2) Ueber die Suspension des §. 7. A. L. R. II. 2. vergl. Zus. zum A. L. R. II. 2. §. 7.

3) In der Kurmark ist nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dem außer der Ehe geborenen Kinde das Erbrecht gegen die Mutter und ihre Blutsverwandten um deswillen, weil es aus einem Incest abstamme, nicht abzusprechen.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. [Datum constirt nicht], Entscheid. Bd. 9. S. 396. Vergl. Zus. zum A. L. R. II. 2. §§. 50 sqq. u. 651 sqq.)

II. Die Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theils des A. L. R. gilt nicht mehr in denjenigen jetzt zur Provinz Preußen gehörenden Landestheilen, welche im Jahre 1806 zu Westpreußen gerechnet wurden, mit Einschluß des jetzigen Thorner Kreises, jedoch mit Ausschluß der zu dem früheren Marienwerderschen Kreise gehörigen Landestheile und der Stadt Danzig nebst deren altem Gebiete.

(Publ. Pat. zum Westpreuß. Prov. R. v. 19. April 1844 §. 110. f. oben.)

Zum §. IX.

In Fällen, wo die Klageverjährung durch Nichtgebrauch schon vor Publikation des A. L. R. vollendet ist, kann auf die Vorschriften desselben Thl. I. Tit. 9. §§. 568 u. 569. nicht zurückgegangen werden. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 29. Jan. 1842, Entsch. Bd. 7. S. 262.)

Zum §. XIV.

Wenn die Eingehung der Ehe unter der Herrschaft des Code Napoléon, die Wiederauflösung nach

Einführung des A. L. R. erfolgte, so hat der überlebende Ehegatte zwar das Wahlrecht, kann jedoch nur nach dem Code Napoléon als Miteigenthümer, oder nach dem A. L. R. als Erbe die Halbscheid des ganzen Vermögens verlangen. Denn die in dem §. 14 des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794 und im §. 9 des Publ. Pat. v. 9. Sept. 1814 hinsichtlich des Wahlrechts des überlebenden Ehegatten getroffene Bestimmung ist nur auf das Güterverhältniß solcher Ehegatten im allgemeinen zu beziehen, und nicht anzunehmen, daß sie lediglich das Erbfolgerecht des überlebenden Ehegatten zum Gegenstande habe, so daß die Ausmittelung des Nachlasses und des dem überlebenden Ehegatten verbleibenden Vermögens immer nach den früheren zur Zeit der Eingehung der Ehe bestandenen Gesetzen erfolgen müsse. Dies gilt namentlich von Ehen, die unter der Herrschaft des Code Napoléon geschlossen worden, an dessen Stelle demnächst das A. L. R. getreten ist, weil jener dem überlebenden Ehegatten kein Erbrecht in dem Nachlasse des zuerst verstorbenen gibt, jenen aber hinsichtlich des ehelichen Güterverhältnisses weit günstiger stellt, als dies nach dem A. L. R. der Fall ist.

(Erk. des L. u. St. G. zu Mühlhausen v. 5. Juli 1842, Jur. W. 1844 S. 307.)

Zum §. XVII.

Welche Gesetze kommen bei Verjährungen zur Anwendung, die zum Theil in das ältere, zum Theil in das neue Gesetz fallen?

Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 9. Okt. u. 6. Nov. 1840) aus, daß um nach §. XVII. des Pat. v. 5. Febr. 1794 u. §. 12 des Pat. v. 9. Sept. 1814 die Vorschriften des A. L. R. anwendbar zu machen, eine vor Publikation des A. L. R. wirklich begonnene Verjährung vorliegen müsse und nach den früheren Gesetzen zu beurtheilen sei, ob dies der Fall war. (Ulrich Bd. 9. S. 4 u. 8.)

B. Spätere Publikationen.

I. Zum Patente v. 9. Sept. 1814.

1) Zur V. v. 8. Jan. 1816. Mit der durch die V. v. 8. Jan. 1816 in den Westphälischen Provinzen geschehenen Wiedereinführung der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft hat auch der Grundsatz, daß abgeschichteten Kindern in dem Nachlasse des schichtenden Vaters oder der schichtenden Mutter, so lange der zweite Ehegatte oder Kinder aus der zweiten Ehe leben, niemals ein Erbrecht zustehe, wo derselbe vor Einführung des Französ. Rechts bestanden, wieder Gültigkeit erlangt. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 17. Nov. 1840, Entscheid. Bd. 6. S. 226.)

2) Zum §. 12 des Publik. Pat. v. 9. Sept. 1814. Vergl. Zus. zum §. XVII.
(Ulrich Bd. 9. S. 4 u. 8, s. oben.)

II. Zum Patente v. 15. Nov. 1816.

1) Zum §. 12.

In den Fällen, in welchen nach dem früheren Sächsischen Rechte nur Immemorial-Verjährung zuläßig war, ist bei dem Beweise einer solchen der Besitz nach dem 1. März 1817 mit zu berücksichtigen.

(Plenarbeschluß des Geh. Ob. Trib. v. 24. Okt. 1845, Justizmin. Bl. 1845. S. 237.)

2) Zum §. 23.

Aus dieser Vorschrift folgt nicht, daß der Inhaber der Civil-Gerichtsbarkeit die Kosten für Erhebung und Ausmittelung des Thatbestandes in unvermögenden Untersuchungssachen zu tragen verpflichtet sei.

(Erk. des I. u. II. Sen. des O. L. G. zu Breslau v. 14. Dec. 1838 u. 30. Juli 1839 und des Geh. Ob. Trib. v. 25. Jan. 1840, Jur. W. 1844 S. 667.)

III. Zum Patente v. 21. Juni 1825.

1) Zum §. 17. Der durch den Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 14. Febr. 1842 (Justizmin. Bl. 1842 S. 156., Entscheid. Bd. 7. S. 322.) aufgestellte Rechtssatz, daß im Herzogthume Westphalen den Minderjährigen, die nach Einführung des A. L. R. die Großjährigkeit erlangt haben, oder für volljährig erklärt worden, hinsichts der unter der Herrschaft des gemeinen Rechts geschlossenen Verträge die Restitution zustehe, ist von dem Geh. Ob. Trib. bereits in dem Erk. v. 25. März 1833 (Entscheid. Bd. 1. S. 284.) angenommen worden.

2) Zum §. 22.

Wenn eine gemeinrechtliche Hypothek im Laufe der durch den §. 22 des Publ. Pat. v. 21. Juni 1825 bestimmten Frist beim Hypothekenrichter nicht angemeldet ist, sie aber nachher nachträglich gegen denselben Besitzer angemeldet, aber noch nicht rekognoscirt ist, und dieser sie nun veräußert, ehe das Hypotheken-Folium berichtigt ist, so geht sie gegen den dritten Erwerber.

(Erk. der Dep. des Civ. Sen. des O. L. G. zu Arnsberg v. 11. Mai 1844, Ulrich Bd. 10. S. 219.)

Zur Einleitung.

A. Von den Gesetzen überhaupt. (§§. 1—13.)

§§. 1—6. Arten der Gesetze.

A. Geschriebene Gesetze.

Burchardi (L. u. St. G. Ass.), über den praktischen Werth der Justizministerial-Reskripte Ein civilistischer Versuch. (Ulrich Bd. 8. S. 582 ff.)

B. Ungeschriebene Rechtsnormen.

I. Gewohnheitsrechte und Observanzen. (§§. 3—5.)

G. v. d. Busch, de consuetudine et quando vim legis obtineat. Götting. 1752. 4.
J. R. E. Guillaume, theoret. prakt. Rechtslehre von der Gewohnheit. Osnabrück. 1801. 8.
K. H. L. Volkmar, Beiträge zur Theorie des Gewohnheitsrechts. Braunschweig und Helmstädt. 1808. 8.
E. Ch. W. Klötzer, Versuch eines Beitrages zur Theorie des Gewohnheitsrechts. Jena. 1813. 8.
G. F Puchta, das Gewohnheitsrecht. 2 Bde. Erlangen. 1828. 1837. 8. (Darüber: Unterholzner in der Tübing krit. Zeitschr. Bd. 5. S. 372.)
G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht. Leipzig. 1843. gr. 8. (Recens. von R. Schmid, in Richter u. Schneider krit. Jahrb. für deutsche Rechtswiss. Jahrg. 1844. S. 385.)

1) In wieweit können Provinzial-Gewohnheitsrechte neu entstehen?

Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 6. Jan. 1843) aus, daß die §§. 3 u. 7 des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794 nur von solchen Observanzen sprechen, die bei Publikation des A. L. R. bereits vorhanden waren und schon am 1. Juni 1794 als Gewohnheitsrechte sich vorfanden, woraus folge, daß seit dem 1. Juni 1794 die Bildung einer von den Vorschriften des A. L. R. abweichenden Observanz gar nicht mehr stattfinden konnte, sofern nicht der im §. 7. a. a. O. gedachte Ausnahme-Fall eintrete, daß das A. L. R. selbst bei der betreffenden Materie auf das Gewohnheitsrecht ausdrücklich verwiesen habe. Diesen Grundsätzen entsprächen auch die Vorschriften der §§. 59 u. 60 der Einleit. zum A. L. R. Nur in Betreff solcher Observanzen, welche nicht wider die Gesetze sind, sondern nur etwas bestimmen, was in den Gesetzen unentschieden gelassen worden (§. 4. Einleit.) solle es bei denselben bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung bewenden. (Jur. W. 1843. S. 537 u. Koch Archiv Bd. 5. S. 420.)

2) Ueber den Begriff von Observanz und deren Unterscheidung von Gewohnheit vergl. auch Koch Archiv Bd. 5. S. 10 ff.

Koch gelangt hier zu dem Resultate, daß Observanz die Gewohnheit sei, welche in der gleichmäßigen Ausführung und Erfüllung vertragsmäßiger Rechte und Pflichten zwischen bestimmten Personen (also auch in Gesellschaften) besteht, und daß die Grundlage des Begriffs die persönliche Partikularität, im Gegensatze der lokalen sei, jedoch mit Hinzutreten des Requisits, daß diese Partikularität durch ein unter den Personen bestehendes Vertragsverhältniß abgegränzt sein müsse.

Vergl. auch Koch Lehrb. des Pr. Priv. R., Bd. 1. S. 106 ff.

3) Bei Prüfung des Nachweises eines Gewohnheitsrechts kommen die Grundsätze der Verjährung nicht in Anwendung.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 6. Jan. 1843, Jur. W. 1843 S. 537. u. Koch Archiv Bd. 5. S. 420.)

II. Meinungen der Rechtslehrer (s. g. Opinio doctorum) und ältere Aussprüche der Richter. (Präjudikate.) (§. 6.)

1) Ueber das Geschichtliche des §. 6 der Einleit. vergl. Koch Lehrb. des Preuß. Priv. Rechts, Bd. 1. S. 110 ff. §§. 31 u. 32.

2) König (L. u. St. G. Dir.), Abhandlung über Fortbildung des Rechts und Einheit in der Rechtsprechung. (Jur. W. 1842. S. 753.)

§§. **10—13.** Publikation.

Herr, über die Bekanntmachung der Gesetze. Freiburg. 1783.

1) In wiefern bedürfen Landtags-Abschiede, um in Rechtsstreitigkeiten verbindliche Kraft zu erhalten, der Publikation durch die Gesetz-Sammlung oder durch die Amtsblätter?

Der II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor nimmt (in dem Erk. v. **21.** Dec. **1841**) an, daß Landtags-Abschiede einer solchen Publikation, wie die Gesetze, nicht bedürfen. Der von den Ständen gültig gefaßte und vom König genehmigte Beschluß sei als Uebereinkommen der Stände als Vertrag, anzusehen, der keiner Publikation bedürfe. Es genüge, wenn derselbe gedruckt, und, daß dies geschehen, durch die Amtsblätter bekannt gemacht werde, worauf sich Niemand mit Unkenntniß entschuldigen könne. (Jur. W. 1843. S. 627.)

Das Geh. Ob. Trib. hat (durch Erk. v. **1.** Nov. **1842.**) diese Entscheidung bestätiget, ohne indeß direkt auf die gestellte Frage einzugehen. (a. a. O., S. 630.)

2) Bekanntmachung v. **18.** Nov. **1844.** Das Justizministerial-Blatt wird künftig, außer den Gegenständen, zu deren Aufnahme es nach der C. V. v. **28.** Dec. **1838** ursprünglich bestimmt ist, insbesondere auch Verhandlungen über interessante oder zweifelhafte Rechtsmaterien, ohne Verbindung mit darauf erlassenen Ministerial-Bescheiden, enthalten. In ihrer Aufnahme ist keine Billigung oder Genehmigung der darin ausgesprochenen Ansichten und bevorworteten Anträge Seitens des Justizministers zu finden, sondern der Zweck dabei ist nur, durch Gegenüberstellung abweichender Meinungen und durch Mittheilung dafür und dagegen sprechender Gründe auf Zweifel und Bedenken und die Mittel zur Lösung derselben aufmerksam zu machen, ein gutes Material zur ferneren Beurtheilung zu liefern und zur lebendigen Selbstthätigkeit und zum Studium anzuregen. (Justizmin. Bl. 1844. S. 245.)

§§. **14—20.** A. D. Weber, über die Rückanwendung positiver Gesetze, mit besonderer Hinsicht auf neuere Gesetzveränderungen deutscher Staaten. Hannover. 1811. 8.

Borst, über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse. Bamberg. 1814. 8.

Th. Wiesen, systematische Entwickelung der Lehre über die rückwirkende Kraft der Gesetze nach den Grundsätzen des Röm. Rechts. Frankf. 1814. 8.

C. L. J. Herrestof, Abhandlungen über die Eigenheit der Gesetze in Ansehung der Zeiten. Frankf. a. M. 1815.

Derselbe, über die zurückwirkende Kraft der Gesetze; oder Versuch einer Entwickelung L. 7. C. de legibus in Beziehung auf das Gesetzbuch Napoleons. Düsseldorf. 1812.

Georgii, Beitrag zur Lehre von der Rückanwendung neuer Gesetze. (Im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 3. S. 145.)

G. v. Struve, über das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit, oder über die Anwendung neuer Gesetze. Götting. 1831. 8.

§§. **23—33.** Meyer, de conflict. leg. div. in div. loc. obtinentium. Götting. 1810.

Tittmann, de competentia legum externarum et domesticarum. Halae. 1822.

Hauss, de principiis, a quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas, si quae variorum locorum constitutiones colliduntur ob singularem causae, de qua agitur, indolem et naturam, in primis de usu regulae: „locus regit actum," recte determinando. 4 Götting. 1824.

G. v. Strube, über das positive Rechtsgesetz in seiner Beziehung auf räumliche Verhältnisse, oder über die Anwendung der Gesetze verschiedener Orten. Karlsruhe. 1834. 8.

Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatrechtes. Frankf. 1841.

Reinhard (Referend.), über die Erledigung von Gesetz-Kollisionen nach den Vorschriften des A. L. R. (Mit Berücksichtigung des revidirten Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches für die Preuß. Staaten.) (Ulrich Bd. 8. S. 385.)

Dr. Löwenberg, die Rechtsregel: locus regit actum, kommt in Bezug auf die Gültigkeit der Form einer Handlung auch nach Preuß. Gesetzen zur Anwendung. (In dessen Beiträgen zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgeb., Bd. 1. S. 1.)

Temme (L. u. St. G. Dir.), über die Kollision der Gesetze verschiedener Distrikte. (Jur. W. 1845. S. 49 ff.)

§§. **23—31.** Statuta personalia.

1) Nach welchen Gesetzen ist die Entschädigungs-Verbindlichkeit aus einer die Person oder den Rechtskreis eines Anderen verletzenden Handlung zu beurtheilen?

a) Bornemann, welcher bemerkt, daß das A. L. R. hierüber einer Bestimmung ermangele, folgert aus der Regel: locus regit actum, daß auf die Gesetze des Orts der Handlung zu sehen sei. (System. Bd. 2. S. 66)

b) Das Geh. Ob. Trib. nimmt (in dem Erk. v. 5. Aug. 1843), mit Rücksicht auf §. 34 der Einl., Dasselbe an. (Entsch. Bd. 9. S. 391.)

2) Welche Ansprüche kann eine unter der Herrschaft des Französischen Rechts domicilirende und von einem Preuß. Gesetzen unterworfenen Individuum geschwächte Person für sich und ihr Kind geltend machen?

a) Reinhard (Referend.) führt aus, daß Fremde auch rücksichtlich der Kollisionen des materiellen Rechts den Preuß. Unterthanen gleich stehen sollen, (Einl. §§. 34, 41 und 42), falls nur der betreffende Rechtsgrund in hiesigen Landen entstanden ist, und daß (nach §. 28. a. a. O.) das bewegliche Vermögen eines Menschen, wohin auch Obligationen (A. L. R. I. 2. §. 7.) und Zustandrechte gehören, nach den Gesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit desselben zu beurtheilen seien. Hiernach könne der dem A. L. R. Unterworfene:

α) wenn er eine dem Französischen Rechte Unterworfene in dessem Bereiche geschwängert habe, sich auf den Art. 340 des Code Nap. berufen, nicht aber

β) bei einer Schwängerung einer Rheinländerin; vielmehr kämen alsdann formell und materiell die Preuß. Gesetze zur Anwendung. (Ulrich Bd. 8. S. 570.)

b) Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 16. Mai 1843) aus, daß, wenn die Schwängerung an einem Orte erfolgt ist, wo Französisches Recht gilt, die Geschwächte, so lange der Schwängerer im Gebiete des Französischen Rechts wohnt, für sich und ihr Kind keine anderen Ansprüche hat, als welche ihr der Code Nap. zugesteht, daß dagegen mit der Verlegung des Domicils des Schwängerers an einen Ort, wo das A. L. R. oder das gemeine Recht gilt, die Alimentations-Verbindlichkeit desselben, und zwar von dem Zeitpunkte der Verlegung des Wohnsitzes ab, eintritt. (Ulrich Bd. 9. S. 223.)

c) Temme gesteht dem unter der Herrschaft des Französischen Rechts domicilirenden Kinde gar keinen Alimentations-Anspruch gegen den im Gebiete des Preuß. Rechts wohnenden Vater zu, indem er von der Ansicht ausgeht, daß es sich hierbei um Familienrechte handle, welche ausschließlich nach den Gesetzen des Wohnorts zu bestimmen; nach Französ. Rechte habe aber das uneheliche Kind gar kein Alimentationsrecht gegen den Vater. (Jur. W. 1845. S. 83.)

3) Nach welchen Gesetzen ist die Verjährung der Klagen zu beurtheilen?

a) Das Geh. Ob. Trib. nimmt (in dem Erk. v. 22. Juni 1844) an, daß stets nur die inländischen Gesetze zur Anwendung zu bringen. Denn (mit Rücksicht auf §. 568. A. L. R. I. 9.) begründe die Extinctiv-Verjährung nur die rechtliche Vermuthung, daß die Verbindlichkeit getilgt sei, ohne etwas in den rechtlichen Wirkungen des Vertrages zu ändern, und es sei diese Vermuthung eine allgemeine, welche sich auf alle Verbindlichkeiten, nicht bloß auf die aus Verträgen entspringenden, beziehe. Die Verjährung sei eine rechtliche Folge der Nachlässigkeit des Berechtigten, welcher mit der Verfolgung seines Anspruches zu lange gezögert habe; sie entspringe nicht aus dem Vertrage, und es liege daher kein Grund vor, die Anwendung der inländischen Gesetze dabei auszuschließen. (Entsch. Bd. 10. S. 102.)

b) Reinhard will nur die für den Verlierenden gültigen Vorschriften seiner Gerichtsbarkeit berücksichtiget wissen. (Ulrich Bd. 8. S. 392.)

4) Ueber die Frage: nach welchen Gesetzen die Wechselfähigkeit zu beurtheilen? vergl. Zus. zum A. L. R. II. 8. §. 715.

§. 32. Statuta realia.

1) Vergl. Bornemann's System, 2. Ausg., Bd. 1. S. 53 ff.

2) Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 8. Nov. 1844) aus, daß der §. 32 h. t. nicht bestimme, daß auch die Erbfolge in Immobilien nach den Gesetzen des fori rei sitae zu reguliren. Bei der Universal-Succession entschieden die Gesetze des fori hereditatis, auch über die Nachfolge in die Nachlaß-Grundstücke, weil die Erbmasse in solcher Beziehung ein Ganzes bilde, und eine Behandlung der Erbfolge, die nur unter Einem Gesetze stehen könne,

nach den verschiedenen Orten, wo das Vermögen des Verstorbenen zerstreut liege, folgerecht unmöglich sei. Wenn dagegen am Orte der belegenen Sache besondere Vorschriften für die Immobiliar-Sukcession (Folge in eine abgesonderte Erbmasse) existirten, so müßten solche als Realstatuten zur Richtschnur dienen, und dieser Fall trete namentlich bei der, seiner Natur nach singulären, Lehns-Sukcession ein. In die Sphäre der Realstatuten fielen aber (wie das Geh. Ob. Trib. schon bei andern Entscheidungen[1]) angenommen habe) nur solche Vorschriften, welche sich speziell auf Immobilien beziehen, oder, wie Suarez in einer Revis.-Bemerkung zum ungedr. Entw. sich ausdrücke: quae rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponunt. (Entsch. Bd. 10. S. 146.)

3) Temme nimmt an, daß, da eine Erbschaft ein Rechts-Ganzes bilde, welches lediglich nach dem Familienrechte des Verstorbenen beurtheilt werden solle (A. L. R. I. 9. §. 350., I. 2. §§. 33—35), und da eine Erbschaft den Verstorbenen gleichsam repräsentire (A. G. O. I. 2. §. 131. und die ganze Lehre von der Intestaterbfolge), von einem besonderen Rechte der Immobilien, die sich von ihrem Begriffs-Ganzen gleichsam, und zwar völlig willkürlich, ablösen könnten, nicht die Rede sein könne. (Jur. W. 1845. S. 84.)

§. 38. Anh. §. 1. Vergl. Löwenberg Material. des Anh., S. 22 und 114.

§. 48. Anh. §. 2. 1) Vergl. a. a. O., S. 22 und 114.

2) R. v. 18. April 1840. Die Gerichtshöfe sollen selbstständig nach den Gesetzen und wo deren Sinn zweifelhaft erscheint, nach den allgemeinen Auslegungsregeln entscheiden, ohne sich an Präjudikate zu binden und für künftige Fälle die Belehrung des Justizministeriums einzuholen. (Justizminist. Bl. 1840. S. 147.)

§. 49. M. H. Bornemann, de analogia juris. Hann. 1815.
Hufeland, Abhandlungen über den Geist des Röm. Rechts. Bd. 1. S. 83 ff.
Thibaut, Theorie der logischen Auslegung, §§. 16 ff.

§. 59. In denjenigen Pommerschen Städten, welche mit dem Lübischen Rechte in seinem ganzen Umfange ausdrücklich beliehen sind, braucht die Reception der einzelnen Vorschriften desselben nicht besonders nachgewiesen zu werden, sondern muß umgekehrt derjenige, welcher die Nichtanwendbarkeit einzelner Vorschriften behauptet, beweisen, auf welche gesetzliche Weise sie außer Kraft gesetzt seien. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 27. Sept. 1844., Entsch. Bd. 10. S. 234.)

§§. 63—70. Ueber den Unterschied zwischen der bloß durch allgemeine Gesetze und der durch einen speziellen Rechtstitel bewilligten Immunität, vergl. Erk. und Abhandl. (v. Korte) in Ulrich Bd. 6. S. 233.

§§. 74 und 75. 1) Ueber die Entschädigung für den bei Truppen-Uebungen zugefügten Schaden, vergl. Zus. zum A. L. R. I. 8. §§. 29—32.

2) Wegen der Entschädigung des Bergbauenden gegen den Grundeigenthümer, vergl. Zus. zum A. L. R. II. 16. §§. 169. ff.

§§. 77 u. 78. Vergl. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 994. ff.

Erster Titel.

Von Personen und deren Rechten überhaupt.

Bornemann, System (2 Ausg.), Bd. I. S. 72. ff.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts. Bd. I. S. 134. ff.

§§. 10—13. Wildvogel, de jure embryonum oder vom Rechte ungeborener Kinder. 1745.

---

[1]) Hierbei wird auf das Erk. in Ulrich Bd. 6. S. 504 ff. verwiesen, welches somit restriktiv gedeutet zu werden scheint.

Mallinkrot, de statu nondum natorum. Giess. 1759.
Mauchardt, über die Rechte des Menschen vor seiner Geburt. Frankf. u. Leipz. 1782.

§. 26. Anh. §. 3. 1) Ueber die Großjährigkeit der Juden im Großherzogthum Posen vergl. den Aufsatz in den Jur. W. 1843. S. 753 ff.

2) Dekl. v. 24. Jan. 1844. über den Majorennitäts-Termin der Juden.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. erklären zur Beseitigung entstandener Zweifel auf den Antrag Unseres Staats-Ministeriums, und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, daß die Juden auch in denjenigen neu und wieder erworbenen Landestheilen, in welchen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, aber weder das Ed. v. 11. März 1812 (G. S., S. 17.), noch die vorläufige Verordn. wegen des Judenwesens im Großherzogthum Posen v. 1. Juni 1833 (G. S., S. 66.) eingeführt ist, erst mit dem vollendeten vierundzwanzigsten Lebensjahre die Volljährigkeit erlangen. Jedoch sollen in denjenigen Gerichtsbezirken, in welchen bisher von dem ordentlichen persönlichen Richter das vollendete zwanzigste Lebensjahr als der Majorennitäts-Termin der Juden angenommen worden ist, diejenigen Juden, welche bei Publikation der gegenwärtigen Deklaration bereits das zwanzigste Jahr zurückgelegt haben, auch fernerhin in allen ihren Verhältnissen als großjährig angesehen werden. Urkundlich. ꝛc. (G. S. 1844. S. 51.)

3) Löwenberg, Material. des Anh., S. 22 u. 114.

§. 30. Hoppe, Versuch, die Lehre von den jurist. Verschwendern systemat. und critisch zu bearbeiten. Giessen. 1803.

§. 35. Anh. §. 4. Löwenberg, Material des Anh., S. 22, 23 und 114.

Zweiter Titel.

Von den Sachen und deren Rechten überhaupt.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts. (2. Ausg.), Bd. I. S. 100 ff.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. I. S. 187 ff.

§§. 7—9. Sind Zehntrechte, Servituten und Grundgerechtigkeiten, welche nur einer gewissen Person, ohne Beziehung auf den Besitz eines Grundstücks, zustehen, zu den unbeweglichen Rechten zu rechnen?

Bielitz verneint auf Grund des §. 395. A. L. R. I. 20.
(Komment. zum A. L. R., Bd. I. S. 278.)

Strombeck ist entgegengesetzter Ansicht. (Ergänz. zum A. L. R., Bd. I. S. 111. Note 33.)

§. 13. 1) Ueber den Begriff von Effekten vergleiche:
a) Bornemann a. a. O., (2. Ausg.) S. 106.
b) Koch Lehrbuch, Bd. I. S. 196. §. 89.

2) Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 29. Okt. 1842.) aus, daß unter Effekten immer nur bewegliche körperliche Sachen, im Gegensatze von baarem Gelde und Kapitalien, zu verstehen und daß darunter unverbriefte Aktiva nicht zu subsumiren.
(Entsch. Bd. 8. S. 478.)

§§. 42. sqq. Beselin, die Lehre von den Pertinenzstücken, aus dem Latein. übersetzt, neu herausgegeben von Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen u. s. w., Bd. I. (Augsb. 1835—1836.) S. 105.
Hommel, Pertinenz- und Erbsonderungs-Register. 6. Ausg. Augsb. 1805. 8.
Gesterding, System des Röm. Rechts von den Pertinenzien. (In den Irrthümern der Rechtsgelehrten, Abhandl. X.)
Funke, Lehre von den Pertinenzien aus der Natur der Sache und dem Röm. Rechte, mit Rücksicht auf das heutige Maschinenwesen. Chemnitz. 1827. 8.

1) Unterschied zwischen Bestandtheilen und Pertinenzstücken der Hauptsache. Koch führt aus, daß Pertinenz nur Das ist, was mit der Hauptsache juristisch in Verbindung gesetzt worden, wogegen Das, was damit physisch verbunden, integrirende Theile oder Bestandtheile sind. Er macht auf die Wichtigkeit dieser Unterscheidung, wegen ihrer noch fortdauernd bestehenden Bedeutung für das Hypothekenwesen aufmerksam und entwickelt die Schwierigkeiten der diesfälligen Unterscheidung bezüglich unbeweglicher Pertinenzien. Bei einem abgegränzten Theile der Erdoberfläche machten alle einzelnen Theile, in welche das Ganze

beliebig zerlegt werden könne, Bestandtheile und zusammen nur Eine Substanz aus. Wenn aber mehrere einzelne Grundstücke zusammen ein Ganzes (Gut) ausmachen, so müsse es ein anderes Kriterium geben. Vor dem Ed. v. 9. Okt. 1807 habe solches in der Geschlossenheit der Landgüter sich gefunden. Durch §. 4. des alleg. Ed. sei indeß das Verbot der Zerstückelung von Landgütern aufgehoben; da jedoch die materielle Gesetzgebung über das Hypothekenwesen noch nicht modificirend nachgefolgt sei, so bestehe noch gegenwärtig in Beziehung auf die Hypotheken-Berechtigten der Unterschied zwischen Bestandtheilen (Radikalien) und Pertinenzstücken.
(Koch Arch. Bd. 5. S. 300., Lehrb. des Pr. Priv. R., Bd. I. S. 201. §. 95. ad I.)

2) Dienste und Leistungen der Bauern, namentlich auch der früheren Laßbauern, sind als bloße Pertinenzstücke, nicht als Theile der Substanz des berechtigten Hauptgutes zu betrachten. (Plenarschl. des Geh. Ob. Trib. v. 29. April 1839, Entsch. Bd. 5. S. 1.)

Dritter Titel.

Von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten.

Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. I. S. 211 ff.
Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.) Bd. I. S. 110 ff.

§§. **35** und **36**. 1) Wie weit machen unerlaubte Handlungen einen Vertrag ungültig? Das Geh. Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) führt aus, daß wenn der §. 35 h. t. bestimme, daß unerlaubte Handlungen nur Verbindlichkeiten begründen können, das Gesetzgeber hier nur das Verhältniß zu dem dritten durch die unerlaubte Handlung Gekränkten im Auge gehabt habe, wogegen der §. 36 h. t., daß unter den Theilnehmern an einer gesetzwidrigen Handlung daraus weder Rechte, noch Pflichten entstehen, ganz allgemein laute, und mithin keinesweges auf den Fall zu beschränken sei, wo ein Dritter sich seinerseits an einen der Theilnehmer gehalten habe und dieser einen Regreß an den anderen correum nehmen wolle. Dies ergebe auch der §. 37 h. t. (Jur. W. 1843. S. 442.)
Vergl. hierzu die Bemerkungen von Sommerbrodt und Temme.
(a. a. O., S. 459—460.)

2) Wenn in einer Criminal-Sache ein Mitschuldiger, aus seiner solidarischen Verhaftung für die Gesammtkosten, mehr als seinen Antheil bezahlt hat, so ist derselbe wohl befugt, sich deshalb an denjenigen Mitschuldigen zu regressiren, für den er gezahlt hat. Denn wenn auch aus einer gesetzwidrigen Handlung unter den Theilnehmern weder Rechte, noch Pflichten entstehen, so ist doch das Verhältniß mehrerer Mitschuldigen in Beziehung auf die Untersuchungskosten im Allgemeinen durch den §. 619 der Cr. O., und im Besonderen durch das in jeder Untersuchungssache ergehende Criminal-Urtel geregelt; der §. 619 a. a. O. ergiebt aber, daß wenn gleich bei solidarischer Verurtheilung mehrerer Mitschuldigen, jeder Einzelne dem Aerar für die Gesammtkosten verhaftet bleibt, doch ursprünglich ein Jeder nur eine bestimmte Quote verschuldet, woraus folgt, daß wenn der Eine auf Grund der solidarischen Verhaftung, außer seiner eigenen Quote, auch noch die des Anderen ganz oder zum Theil bezahlt, er von demselben Erstattung fordern könne. Der §. 36 h. t. spricht nur von dem Verbrechen und den daraus zu vertretenden Folgen, nicht aber von den Kosten der Untersuchung der gesetzwidrigen Handlung, und wenn auch im §. 34. A. L. R. I. 6. bei Beleidigungen, die auf Vorsatz beruhen, der Regreß der Theilnehmer ausgeschlossen ist, so ist doch weder hier, wo sedes materiae gewesen wäre, noch sonst, bestimmt, daß Dasselbe wegen der Kosten der Untersuchung Statt haben solle.
(Erk. des Geh. Ob. Trib., Bd. 8. S. 238.)

§§. **47** und **48**. 1) Die in den Gesetzen zur Abgabe einer Erklärung oder zur Leistung einer Handlung bestimmte Frist: „binnen vierundzwanzig Stunden" ist für inne gehalten anzusehen, wenn die Erklärung oder Handlung im Laufe des nächsten Tages erfolgt.
(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 21. Aug. 1841., Entsch. Bd. 7. S. 53.)

2) Ueber die Frage: ob in dem Falle, wenn der letzte Tag der Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, die Anmeldungsschrift noch am nächfolgenden Tage eingereicht werden kann? Vergl. Zus. zu §§. 21 u. 22 der V. v. 14. Dec. 1833. (s. zur A. G. O. I. 16.)

Vierter Titel.

Von Willenserklärungen.

Bornemann, System des Civilrechts. (2. Ausg.) 1. S. 131 ff.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. I. S. 212 ff.

§. 6. 1) In Bezug auf Verträge, welche die Gewerbefreiheit beschränken, bemerke man:

a) Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 5. Dec. 1842. Nach der K. O. v. 19. April 1813. (G. S. 1831. S. 69.) sind die vor Publikation des Ed. über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer v. 2. Nov. 1810 errichteten Verträge, wodurch die Gewerbefreiheit beschränkt oder gehindert wird, als aufgehoben nicht zu erachten.
(Justizmin. Bl. 1843. S. 84., Entscheid. Bd. 8. S. 113.)

b) Gewerbe-Ordnung v. 17. Jan. 1845 §§. 11. und 64.

§. 11. Ausschließliche Gewerbeberechtigungen, oder Zwangs- und Bannrechte, welche durch dieses Gesetz aufgehoben oder für ablösbar erklärt worden sind, können fortan durch Verjährung nicht mehr erworben werden.

Durch Verträge oder andere Rechtstitel können dergleichen Rechte nicht auf einen längeren als zehnjährigen Zeitraum begründet werden. Verabredungen, wodurch für den Fall der Nichterneuerung des Vertrages eine Entschädigung festgesetzt wird, sind nichtig.

§. 64. Neue Realgewerbeberechtigungen dürfen fortan nicht mehr begründet werden.
(G. S. 1845. S. 43 und 53.)

2) G. v. 31. Jan. 1845, betreffend die Zulässigkeit von Verträgen über unablösliche Geld- und Getreide-Abgaben.

Wir Friedrich Wilhelm rc. verordnen auf Antrag Unseres Staatsministeriums, nach Anhörung Unserer getreuen Stände und nach vernommenen Gutachten Unseres Staatsraths für diejenigen Landestheile, in welchen die Ablösungsordnung v. 7. Juni 1821 Gesetzeskraft hat, was folgt:

§. 1. Die nach den bisherigen Vorschriften den Besitzern von Erbpachts-, Zins- oder Erbzinsgrundstücken zustehende Befugniß, die auf diesen Grundstücken ruhenden festen Geld- oder Getreideabgaben durch Kapital abzulösen, kann fortan durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Diese Bestimmung findet sowohl auf schon bestehende Abgaben dieser Art, als auf solche Anwendung, welche künftig bedungen werden.

§. 2. Ist in Ansehung einer erst nach Publikation dieses Gesetzes bedungenen festen Geld- oder Getreideabgabe eine Ausschließung oder Beschränkung der im §. 1. erwähnten Befugniß des Verpflichteten nicht ausdrücklich festgesetzt worden, so bleibt diese Abgabe der Ablösung durch Kapital unterworfen.

Urkundlich rc. (G. S. 1845. S. 93.)

3) V. v. 24. Mai 1844., betr. die Eröffnung von Aktienzeichnungen für Eisenbahn-Unternehmungen und den Verkehr mit den dafür ausgegebenen Papieren[1]).

Wir Friedrich Wilhelm, rc. haben Uns bewogen gefunden, zur Beseitigung der Mißbräuche, zu welchen die Eröffnung der Aktienzeichnungen für Eisenbahn-Unternehmungen und der Verkehr mit den dafür ausgegebenen Aktienpromessen und ähnlichen Papieren Anlaß gegeben hat, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums für den ganzen Umfang Unserer Monarchie zu verordnen, wie folgt:

§. 1. Niemand darf fortan ohne ausdrückliche Genehmigung Unseres Finanz-Ministeriums Aktienzeichnungen für Eisenbahn-Unternehmen eröffnen oder Aktien-Anmeldungen dafür annehmen. Wer dieser Bestimmung zuwiderhandelt, hat eine Geldbuße von funfzig bis fünfhundert Thalern, und außerdem die Konfiskation des gezogenen Gewinns verwirkt.

---

[1]) Vergl. die Abhandlung von Gräff über die G. v. 19. Jan. 1836., 27. Juni 1837., 13. Mai 1840, u. 24. Mai 1844. in dessen Archiv für das Preuß. Handels- u. Wechselrecht, H. 2. S. 34 ff. und die Kritik der über die V. v. 24. Mai 1844 erschienenen Schriften, ebendas. S. 133 ff., desgl. die Beleuchtung der aus dem Handel mit Eisenbahnpapieren entspringenden streitigen Rechtsverhältnisse, a. a. O. S. 103 ff. Vergl. auch Zus. zum A. L. R. I. 11. §§. 231 sqq.

§. 2. Verträge, welche nach Publikation der gegenwärtigen über Aktienpromessen, Interimsscheine, Quittungsbogen oder sonstige, die Betheiligung bei einer Eisenbahn-Unternehmung bekundende, aber vor Berichtigung des vollen, auf die Aktien oder Obligationen einzuzahlenden Betrages ausgegebene Papiere errichtet werden, sollen nur dann, wenn sie sofort von beiden Theilen Zug um Zug erfüllt werden, rechtsgültig, sonst aber ohne Ausnahme nichtig sein, und es soll eine gerichtliche Klage aus dergleichen Verträgen überall nicht zugelassen werden, auch aus Vergleichen, welche über hiernach ungültige Geschäfte geschlossen werden, weder Klage noch Exekution stattfinden.

§. 3. Ueber die im §. 2. bezeichneten Papiere dürfen von den öffentlich bestellten und vereideten Mäcklern und Agenten bei Strafe der Amtsentsetzung keine andern Geschäfte unterhandelt, vermittelt oder abgeschlossen werden, als solche, welche sofort von beiden Theilen Zug um Zug erfüllt werden.

§. 4. Den öffentlich bestellten und vereideten Mäcklern und Agenten wird bei Strafe der Amtsentsetzung hierdurch untersagt, in Papieren, welche über die Betheiligung bei ausländischen Aktien-Unternehmungen oder Anleihen vor Berichtigung des vollen, auf die Aktien oder Obligationen einzuzahlenden Betrages ausgegeben worden sind oder künftig ausgegeben werden, nirgend ein Geschäft zu unterhandeln, zu vermitteln oder abzuschließen, ohne Unterschied, ob dasselbe sofort von beiden Theilen erfüllt wird, oder nicht. Eine Ausnahme findet nur in Betreff der Papiere für solche ausländische Unternehmungen statt, welche nach den bestehenden oder künftig abzuschließenden Staatsverträgen sich auch auf inländisches Gebiet erstrecken; diese unterliegen, gleich den inländischen Papieren, nur den Bestimmungen der §§. 2 und 3.

§. 5. Die in der V. v. 19. Jan. 1836. (G. S. 1836. S. 9 ff.) §. 7. bestimmte Strafe und Verpflichtung zum Schadensersatz tritt auch gegen Diejenigen ein, welche, ohne als öffentliche und vereidete Mäckler oder Agenten angestellt zu sein, und ohne vermöge ihres Amtes oder Dienstverhältnisses im Auftrage Eines der Kontrahenten zu handeln, gegen Entgelt ein Geschäft daraus machen, über die in den §§. 2 und 4 der gegenwärtigen V. erwähnten Papiere, so wie über Aktien, Obligationen oder sonstige Geldpapiere in- oder ausländischer Gesellschaften oder Institute, Geschäfte zu unterhandeln, zu vermitteln oder abzuschließen. Urkundlich ꝛc. (G. S. 1844. S. 117.)

§§. **14—19.** K. O. v. 14. April 1840. (mitgetheilt durch das R. v. 27. ej. m.). Begräbnißplätze sind dem bürgerlichen Verkehr entzogen. (Justizmin. Bl. 1840. S. 143.)

§§. **20—23.** 1) Kuhne, über Handlungsfähigkeit der Minderjährigen nach Preuß. Recht, mit Rücksicht auf das Römische. (Jur. W. 1842. S. 705 ff.)

2) Temme, über Richtigkeit und Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. (Jur. W. 1845. S. 245.)

§§. **31** sqq. Villaume, (St. G. Rath), über erzwungene Willenserklärungen, und solche, die in der Trunkenheit oder in heftiger Leidenschaft abgegeben worden. (Jur. W. 1845. S. 134 ff.)

§§. **45—47.** 1) Von welchem Zeitpunkte an beginnt die im §. 45 h. t. verordnete Frist?

Villaume nimmt an, daß solche von Aufhebung des Zwanges an zu rechnen, wie ex analogia des §. 41. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. zu schließen. (Jur. W. 1845. S. 136. Note 1.)

2) Villaume führt aus, daß in den §§. 45—47 h. t. zwar eine wirkliche Protestation aber keine solche im engsten Sinne (nämlich eine zur Kenntniß des Gegentheils gebrachte Verwahrung gegen einen Rechtseingriff), liege, sondern daß die hier in Rede stehende Protestation zum Theil auch einen Vorbehalt in sich schließe, welcher nicht zur sofortigen Kenntniß des Gegentheils zu gelangen brauche, sondern welcher den Erklärenden in allen Fällen schütze, wo nur späterhin nachgewiesen werden könne, daß er der betreffenden Handlung oder Erklärung hinzugefügt worden sei, zu welchem Zwecke die Frist des §. 45 h. t. nachgelassen worden. (Jur. W. 1845. S. 135 ff.)

§§. **75—83.** 1) Die Abhandlung im Centralbl. 1843. S. 86 über die Folgen des Irrthums bei Abgebung und Erfüllung von Willenserklärungen, findet folgende Resultate:

a) ein wesentlicher Irrthum macht die Willenserklärung ungültig, sobald der Irrende seinen Irrthum in Erfahrung gebracht hat, dies mag nun vor oder nach der Erfüllung geschehen sein, ein minder wesentlicher aber nur, wenn der Irrthum vor der Erfüllung an den Tag gekommen ist. Ist dies nach der Erfüllung geschehen, so giebt er nur einen Anspruch auf Gewährleistung.

b) Kommt nach der Erfüllung der Irrthum an den Tag, so hat der Irrende das Recht, bei einem wesentlichen Irrthume die Willenserklärung innerhalb 30 Jahren vom Tage der erhaltenen Wissenschaft an anzufechten, bei einem minder wesentlichen aber nur innerhalb der bei der Gewährsleistung stattfindenden Fristen Gewährsleistung zu verlangen.

2) Das Geh. Ob.-Trib. spricht (Datum des Erk. konstirt nicht) die Ansicht aus, daß ein Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäfts oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung diese zwar ungültig, aber keineswegs absolut nichtig oder ipso jure gar nicht existirend mache. Der §. 75 h. t. solle nur die persönlichen Rechte derer wahren, welche sich bei einer abgegebenen Erklärung in einem wesentlichen Irrthume befanden und daher ihre Erklärung wohl nicht, oder wenigstens nicht so, wie geschehen, abgegeben haben würden, wenn der Irrthum sie nicht zu solcher verleitet hätte. Ob aber der Irrende von diesem Rechte Gebrauch machen wolle, müsse lediglich von seinem Befinden abhängen. (Centralbl. 1843. S. 359.)

§. 92. 1) Billaume führt aus, daß, wenn gleich der §. 92 h. t. nur den §. 46 h. t. und nicht auch den §. 47 h. t. citire, dennoch der letztere Paragraph, welcher mit jenem in engster Verbindung stehe, ebenfalls dort Anwendung finden müsse, und daß, bei der vorhandenen paritas rationum, in beiden Fällen auch der §. 51 h. t. Platz greifen müsse. (Jur. W. 1845. S. 140. Note 3.)

2) Billaume ist der Ansicht, daß dem §. 92 h. t. die Voraussetzung zum Grunde liege, daß bei dem Erklärenden die Möglichkeit vorhanden gewesen, sich des an die Frist geknüpften Rechtes zu bedienen. Sei dies nicht der Fall und könne der Erklärende darthun, daß es seinem Gegner dennoch gelungen sei, ihn volle acht Tage hindurch in unfreiem Zustande zu erhalten, so könne er sich mit Erfolg auf §. 516 A. L. R. I. 9. berufen, ohne daß ihm die Bestimmung des §. 92 h. t. entgegen stehe, und wenn Zwang oder Betrug vorliege, so müsse auf die diesfälligen Vorschriften zurückgegangen werden. (Jur. W. 1845. S. 147.)

Fünfter Titel.

Von Verträgen.

Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts, (2. Ausg.) Bd. 2. S. 220. ff.

§. 11. Meyer (Ob. App. Ger. R.), zur Interpretation des §. 11, Tit. 5, Thl. I des A. L. R. und zur Beantwortung der Frage: in welchen Fällen der Vormund ohne obervormundschaftliche Genehmigung gültige Verträge mit einem Dritten schließen kann? (Jur. W. 1843, S. 585 ff., vergl. zum A. T. R. II. 18. §§. 238 und 239.)

§. 24. Ueber die bei Aufnahme von Verträgen tauber Personen zu beobachtende Form vergl. die Erkenntnisse im Centralbl. 1843, S. 615 ff. (f. zur A. G. O. III, 3, §. 4.)

§. 71. In der Abhandlung in Dr. Löwenberg's Beiträgen zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung, Bd. I, S. 576 ff. wird ausgeführt, daß Verträge, wodurch Privatpersonen, welche mit einer Staatsbehörde über Gegenstände des Privateigenthums kontrahiren, etwanige Streitigkeiten, die wegen Auslegung oder Erfüllung des Vertrages entstehen können, unter Verzichtleistung auf den Rechtsweg, im Voraus der Entscheidung der mit ihnen kontrahirenden Staatsbehörde unterwerfen, ungültig sind.

§§. 74—77. 1) Waren die in Schlesien vormals üblichen gutsherrlichen Konfirmationen der Immobiliar-Veräußerungen und die konfirmirten Kauf- und Annahme-Briefe selbst geeignet, die gutsherrlichen Rechte auf rechtsgültige Weise festzustellen, oder bedurfte es dazu des ausdrücklichen Beitritts der Gutsherrschaft zu dem Veräußerungsvertrage?

Das Geh. Ob.-Trib. hat Letzteres angenommen. (Vergl. Zus. 2, ad h. l.)

Dies sucht Ulrich (K. G. Ass.) zu widerlegen. Er deducirt, daß nach der in Schlesien vormals bestandenen gutsherrlich-bäuerlichen Verfassung die Genehmigung und der Beitritt des Grundherrn zu Veräußerungs-Verträgen über Rustikal-Immobilien wesentlich erforderlich und ein Essentiale der Veräußerung gewesen sei, wodurch diese erst rechtlichen Bestand und der neue Erwerber ein wirkliches Besitzrecht erlangt habe. In der Regel sei die Grund- und Gerichts-Herrlichkeit vereiniget gewesen und alsdann die gerichtliche Bestätigung und die gutsherrliche Einwilligung in einem Akte ertheilt worden. Aus diesem Gesichtspunkte könne daher, wie aus den Grundsätzen des allgemeinen deutschen Privatrechts und des

A. L. R. I, 18, §. 100 und II, 7, §§. 247, 138—140, desgleichen des Schlesischen Provinzialrechts zu zeigen gesucht wird, nicht bezweifelt werden, daß den in den Konfirmationsurkunden der Schlesischen Gutsherren zu Gunsten des Letzteren getroffenen Bestimmungen volle Gültigkeit und Beweiskraft beizulegen sei. (Jur. W. 1844, S. 641 ff.)

2) Der erfolgte Beitritt des Dritten zu einem, seinen Vortheil bezweckenden, Vertrage entzieht dem Kontrahenten das Recht, denselben mit gegenseitigem Einverständnisse zu ändern oder wieder aufzuheben, nur in dem Falle, wenn diesem Beitritte eine Aufforderung zu demselben von Seiten der Kontrahenten vorangegangen ist. Denn aus dem §. 76 h. t. folgt nicht, daß wenn eine Aenderung oder Aufhebung des Vertrages nicht erfolgt, sie nach dem Beitritte des Dritten, wenn derselbe auch ohne Antrag der Kontrahenten geschehen wäre, nicht mehr erfolgen dürfe. Hiergegen spricht nämlich nicht nur die Bestimmung des §. 75 h. t., wonach der Dritte überhaupt erst mit dem unter Bewilligung der Hauptpartheien erfolgten Beitritte ein Recht aus demselben erlangt, sondern auch der §. 76 h. t. selbst, weil dieser nur von „diesem," also von dem im §. 75 bezeichneten, dem mit Bewilligung der Hauptpartheien erfolgten Beitritte spricht, und ebenso steht dem der §. 77 h. t. entgegen. Ein Beitritt des Dritten ohne vorherigen Antrag der Hauptkontrahenten zu diesem Beitritte ist also ohne alle rechtliche Wirkung.

(Erk. des Geh. Ob.-Trib. vom 4. Januar 1845, Entscheid. Bd. 10, S. 349.)

3) Hat nur ein Kontrahent sich etwas zum Vortheile eines Dritten versprechen lassen, so kommt es nur auf die Einwilligung dieses Kontrahenten, nicht auf ein Einverständniß beider an. (a. a. O.)

§. 95. Vergl. Zus. zum §. 47 A. L. R. I, 3. (Oben S. 11.)

§§. 96—101. Findet, wenn die in den §§. 96—101 h. t. bestimmten Akceptations-Fristen abgelaufen sind, auch wenn der Antragende keinen Widerruf erklärt hat, die Annahme noch mit Erfolg statt?

Das O. L. G. zu Arnsberg verneint auf Grund des §. 103 h. t. und auf Grund der (von Bornemann mitgetheilten) Materialien. (Ulrich Bd. 11. S. 112 ff.)

Sommer hält diese Entscheidung nicht für zweifellos und nimmt eine Lücke der Gesetzgebung an. (a. a. O.)

§§. 127—129. Begriff der „mündlichen Nebenabreden."

Das Geh. Ob. Trib. hatte (in dem Erk. vom 23. Juni 1842) angenommen, daß dieser im §. 128 h. t. gebrauchte Ausdruck nicht blos mündliche Verabredungen der Partheien über Nebenbestimmungen, welche die Art, den Ort oder die Zeit der Erfüllung des schriftlich errichteten Vertrages oder andere dabei vorkommende Maßgaben betreffen, sondern alle mündliche Verabredungen der Partheien begreife, welche auf das unter ihnen zu Stande gekommene Geschäft Bezug haben, in dem darüber errichteten schriftlichen Vertrage aber nicht aufgenommen sind; ohne Unterschied, ob diese Verabredungen eine bloße Ergänzung und Vervollständigung, oder eine wirkliche Abänderung des schriftlichen Vertrages enthalten, und ob dieselben bloße Nebenbestimmungen oder wesentliche Erfordernisse des bezüglichen Geschäftes betreffen.

Die Gründe dieser Ansicht waren lediglich aus der Wortfassung der §§. 127—129 h. t. entnommen. (Jur. W. 1843 S. 9.)

Die Richtigkeit der angenommenen Meinung wurde indeß alsbald in Zweifel gezogen.

Dr. Kuhne (L. u. St. G. R.) versuchte bereits die Widerlegung und führte aus der Wortfassung der alleg. §§. und dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze aus, daß, wenn in einem schriftlichen Vertrage Essentialien entweder gar nicht berücksichtiget, oder mündlich anders bestimmt worden, die Lehre von den Folgen, wenn die schriftliche Abfassung des Kontrakts ganz unterblieben, mit Ausschluß der §§. 127—129 h. t. zur Anwendung komme, und die Bestimmungen über mündliche Nebenabreden bei schriftlichen Verträgen nur dann Platz greifen, wenn naturalia und accidentalia betroffen werden. (Jur. W. 1843. S. 355 ff.)

Auch bei dem Geh. Ob. Trib. selbst wurde von entgegengesetzter Ansicht ausgegangen und dies veranlaßte eine Plenarberathung über die Frage:

ob der §. 128 h. t. sich auch auf solche mündliche Abreden beziehe, welche eine Anfechtung des schriftlichen Vertrages als rechtsungültig begründen?

Durch den Plenarbeschluß vom 31. Januar 1845 wurde diese Frage verneint. Es wird angenommen, daß schon die wörtliche Fassung der §§. 127—129 h. t. der entgegengesetzten Auslegung nicht zur Seite stehe. Die §§. 127—129 h. t. setzten voraus, daß wirklich ein schriftlicher Vertrag vorliege, d. h. daß alle wesentlichen Erfordernisse zu demselben vorhanden seien. Dem gänzlichen Fehlen der wesentlichen Erfordernisse eines Vertrages stehe es aber in Beziehung auf dessen Gültigkeit gleich, wenn die Schrift die wesentlichen Erfordernisse des betreffenden Geschäfts zwar enthalte, wenn aber der Inhalt dieses schriftlich dargelegten Geschäfts der Willensmeinung der Kontrahenten nicht entspreche, wenn etwas Anderes verabredet, als niedergeschrieben worden, oder ein error essentialis Statt gefunden habe. In allen diesen Fällen fehle es der Sache nach dem schriftlichen Dokumente an dem Haupterforderniß jedes Vertrages (§. 1 h. t.), und schon hieraus folge, daß der §. 128 h. t. nicht auf solche mündliche Abreden zu beziehen sei, welche eine Anfechtung des schriftlichen Vertrages als rechtsungültig begründen. Dem stehe auch die wörtliche Fassung der §§. cit. nicht entgegen; denn die im §. 127 h. t. ausgesprochene, auch für die §§. 128 und 129 geltende Voraussetzung: „ist ein Vertrag schriftlich geschlossen worden," sei nur auf einen gültig geschlossenen, nicht aber auf einen Vertrag zu beziehen, der für ungültig erklärt werden muß. Auch deute schon der im §. 128 gebrauchte Ausdruck: „Nebenabrede" auf eine Beschränkung an, indem sich dabei der Gegensatz von: „Hauptabreden, Hauptbestimmungen," d. i. solchen Bestimmungen, welche das Wesentliche des Geschäfts betreffen, darbiete. Die eingeschalteten Worte: „ohne Unterschied des Gegenstandes" beseitigten diese Beschränkung nicht, indem dieselben, wie die revis. mon. ergebe, nur das Bedenken heben sollten, ob auch Nebenabreden, deren Gegenstand weniger, als 50 Thlr. beträgt, ausgeschlossen seien. Der §. 129 h. t. deute darauf hin, daß sich die erwähnten Nebenabreden nur auf Maßgaben über Art, Ort und Zeit der Erfüllung und dergleichen Nebenpunkte beziehen. Es spreche, wie näher gezeigt wird, auch die Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden Gesetzstellen für die beschränkende Auslegung des Ausdrucks: „Nebenabreden." Dergleichen sollten nur verbindlich sein, soweit sie aus der Natur des Kontrakts und der schriftlich verfaßten Bedingungen desselben folgen. Es seien also weder Abänderungen der Naturalien des Geschäfts, noch besonders verabredete Accidentalien zu berücksichtigen, wenn sie nicht in den schriftlichen Kontrakt aufgenommen worden. Die Essentialien würden als vorhanden vorausgesetzt, weil ohne diese ein Vertrag gar nicht bestehen würde. Endlich ergebe sich die Richtigkeit dieser Auslegung auch aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der ratio legis. (Entscheid. Bd. 10. S. 259., Justizm. Bl. 1845. S. 35.)

§. 134. Ueber die Frage: ob zu Entsagungen auch dann schriftliche Urkunden erforderlich sind, wenn der Gegenstand nicht über 50 Thlr. beträgt? vergl. auch Zus. zum A. L. R. I. 16. §§. 97—101.

§. 146. Bei einem mündlichen Vollmachtsauftrage ist die aufgetragene Handlung der Gegenstand des einseitigen Vertrages und kann, einmal geleistet, als eine bewegliche Sache (A. L. R. I. 2. §. 7.) nicht zurückgenommen werden, wenngleich sie sich auf ein Grundstück bezieht.
(Erk. der Deput. des Fürstenth. Ger. zu Neisse vom 15. December 1840, Koch Arch. Bd. 5. S. 436.)

§. 156. Kann derjenige, welcher ein Grundstück für einen mehr, als 50 Thlr. betragenden Preis verkauft und übergeben und dagegen einen Theil des Kaufpreises erhalten hat, gegen Erstattung des Empfangenen das Grundstück zurückfordern, oder muß er dem Käufer die Wahl lassen zwischen Rückgabe des Grundstückes und Zahlung des Kaufgelder-Restes?

Das Geh. Ob. Trib. nimmt (in dem Erk. vom 29. September 1843) an, daß, nach §. 156 h. t., der Käufer nicht berechtiget, sondern verpflichtet sei, entweder den mündlich verabredeten Kaufpreis zu bezahlen, oder das Grundstück zurückzugeben. Das ihm überlassene Wahlrecht trete erst dann in Wirksamkeit, wenn der Verkäufer durch Forderung des Kaufpreises Erfüllung des Vertrages verlange, und könne er alsdann den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises durch Rückgabe des Grundstückes beseitigen. Wenn der Verkäufer von dem Vertrage zurücktreten wolle, so trete der §. 161 h. t. ein. (Jur. W. 1844. S. 524.)

§§. **161—164.** Ueber die geschichtliche Entwickelung der §§. **161—164** h. t. vergl. Bornemann's System (2. Ausg.) Bd. 2, S. 268 ff.

§. **165.** Derjenige, der dem andern Theile eine unbewegliche Sache unter der Vereinbarung, daß derselbe eine bestimmte Person heirathe, abgetreten hat, kann, nachdem der Andere die bezeichnete Person wirklich geheirathet hat, diesen Vertrag wegen Mangels der schriftlichen Form nicht mehr anfechten. (Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 7. Nov. 1845., Justizm. Bl. 1845. S. 232.)

§. **170.** Burchardi (Crim.-Richter) ist der Ansicht, daß kein Widerspruch zwischen den Vorschriften des §. **170** h. t. und der A. G. O. I. **10.** §. **120** obwalte. Die letztere Gesetzstelle spreche von dem Falle, wenn der Producent, die erstere dagegen von dem Falle, wenn der Produkt eine gemeinschaftliche Urkunde vernichtet habe. Ein Redaktionsfehler sei schon deßhalb nicht anzunehmen, weil in dem §. **122** A. G. O. I. **10** der §. **170** h. t. ausdrücklich citirt werde und also nicht übersehen sein könne. Das Resultat der Abhandlung ist, daß die §§. **122**, **120**. Tit. **10** der Prcz. O. und der §. **170** h. t. mit einander in einer innigen Gemeinschaft stehen und deshalb auch formell zusammenzustellen sind. Nach denselben gelten folgende Regeln:

a) Behauptet eine Parthei den zufälligen Verlust von Urkunden, so muß sie sowohl die Existenz, als auch den Verlust und Inhalt derselben auf andere Art darthun.

b) Wenn diese Parthei selbst die zur Aufklärung der Wahrheit erforderlichen Urkunden vorsätzlich vernichtet hat, so muß ihr Gegner jederzeit zur eidlichen Bestärkung des Inhaltes derselben zugelassen werden.

c) Sind aber die Urkunden von dem Gegner vorsätzlich vernichtet worden, so wird die Angabe der beweisführenden Parthei so lange für richtig angenommen, bis das Gegentheil klar erwiesen ist. (Jur. W. 1844. S. 297 ff.)

§. **171.** Ueber die bei Aufnahme der Verträge tauber Personen zu beobachtende Form vergl. die Erkenntnisse im Centralbl. **1843.** S. **615** ff. (s. zur A. G. O. III. 3. §. 4.)

§. **172.** 1) Sind Personen, welche Geschriebenes lesen und außerdem nur noch ihren Namen schreiben können, den Analphabeten gleich zu achten?

Bornemann verneint. Denn:

a) es sei kein Grund vorhanden, denjenigen, welcher sich durch eigene Sinneswahrnehmung von dem Inhalte eines niedergeschriebenen Vertrages habe überzeugen können, in Schutz zu nehmen;

b) es sprächen für diese Ansicht die analogen Vorschriften der A. G. O. von Partheien, die bloß ihren Namen schreiben, sonst aber weder schreiben noch lesen können. (I. **10.** Anh. §§. **68, 72.**) und

c) die Entstehungsgeschichte des §. **172** h. t. gebe hierfür ein Argument ab.

Ueber letztere wird bemerkt:

Im Entwurf (II. **2.** §. **126**) war nur von Personen, die des Schreibens unkundig sind, die Rede. Ein Monent bemerkte hierzu: „Da es Personen giebt, die ihren Namen ziemlich leserlich zeichnen, aber doch nicht Geschriebenes lesen können, so dürfte die Vorschrift dieser Paragraphen auch von solchen Personen gelten, und es daher heißen müssen: die des Schreibens und Lesens unkundig u. s. w." Der §. **172** wurde in Folge dieses Monitums, wie er jetzt vorliegt, gefaßt, und scheint daher nur das eben Bemerkte bestimmen zu wollen. (Syst. Ausg. 2. Bd. 2. S. 291.)

2) Vergl. Zus. zum §. **126** h. t.

§. **178.** Anh. §. 5. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh. S. **23** und **114**.

§§. **185** sqq. Bornemann, System (2. Ausg.), Bd. 1. S. 95 ff. und Bd. 2. S. 296. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 897 ff.

Reinhardt (O. L. G. Ass.), Studien zur Lehre vom Zugeständnisse und Anerkenntnisse nach Preuß. Rechten. (Ulrich, Bd. 9. S. 600 ff.

1) Ist es zur Gültigkeit eines Anerkenntnisses erforderlich, daß darin eine gültige causa debendi angegeben sei?

Das Geh. Ob. Trib. hat (in den Erk. vom **15.** December **1837**, **14.** August **1840**, **21.** Mai **1841** und **1.** December **1843**) bejahet.

(Koch, Arch., Bd. 2. S. 23., Bd. 4. S. 145., Bd. 5. S. 9 und S. 294.)

Koch führt hiergegen aus, daß von einer causa debendi bei Anerkenntnissen gar nicht die Rede sein könne. Denn im Anerkenntnisse sei nichts, als eine in Worten ausgedrückte Erklärung dessen, was in der Observanz durch Handlungen ausgedrückt werde. Der Rechtsgrund seiner Gültigkeit und Wirksamkeit (causa debendi) liege in ihm selbst; es sei ein Beweis für das Dasein des anerkannten Verhältnisses, nicht aber an sich der Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses. Daher sei es stets zu berücksichtigen, sobald dabei die formellen Erfordernisse einer gültigen Willenserklärung vorhanden und das Bewußtsein des Erklärenden konstire, daß durch die Erklärung etwas Unbestimmtes oder Zweifelhaftes in dem bestehenden Verhältnisse näher bestimmt werden sollte. (Koch, Arch. Bd. 4. S. 147 und Bd. 5. S. 25 u. 296.)

2) Damit derjenige, welcher sich schriftlich oder zum Protokoll zu einem mündlich geschlossenen Vertrage bekennt, des Einwandes der mangelnden schriftlichen Abfassung verlustig erachtet werden könne, genügt es nicht, daß er den mündlichen Abschluß des Vertrages als bloße Thatsache einräume; sondern das Anerkenntniß muß auch in der Absicht erfolgen, die verbindende Kraft des Vertrages einzuräumen. Denn der §. 185 h. t. erfordert nicht bloß das Anerkenntniß der Thatsache, daß ein mündlicher Vertrag abgeschlossen worden, sondern der Anerkennende soll sich zu dem Vertrage bekennen, d. h. er soll den Vertrag als obligatorisch für sich anerkennen, dergestalt, daß das Anerkenntniß die Stelle des vollständigen Vertrages vertritt. Es ist sonst die Erklärung nur eben so anzusehen, als diejenige, welche im Prozesse Seitens eines Verklagten abgegeben wird, welcher die Thatsache des mündlichen Abschlusses eines Vertrages einräumt, die Verbindlichkeit aber bestreitet.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. [Datum konstirt nicht], Entscheid. Bd. 10. S. 362.)

3) Reinhard (O. L. G. Ass.) hebt den Unterschied zwischen Zugeständniß, als eines bloßen Beweismittels, und Anerkenntniß, als eines Rechtsgrundes, hervor, und führt aus:

a) daß das in Bezug auf einen bestimmten Klageanspruch abgegebene gerichtliche Anerkenntniß als ein vollkommener wirksamer Rechtsgrund zu betrachten, wogegen

b) anderweitigen Anerkenntnissen eine solche Kraft nicht beiwohne, vielmehr ihre Funktion darin zu setzen sei, daß sie bestehende Rechte wahren oder unvollkommene Rechtsgründe ihrer rechtlichen Vollendung oder Perfektion entgegenführen; als ein selbstständiger vollkommen wirksamer Rechtsgrund könne aber ein Anerkenntniß (abgesehen von letztwilligen Verordnungen [A. L. R. I. 12. §. 432] und den Fällen zu a) nur in sofern betrachtet werden, als es selbst für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden könne (A. L. R. I. 5. §. 37, I. 9. §. 646, I. 20. §§. 18. 19). Demnach könne eine Urkunde, worin bloß eine Verpflichtung aus einem zweiseitigen Geschäfte einseitig anerkannt werde, dem andern Theile kein Klagerecht gewähren und den Mangel eines schriftlichen Vertrages nicht ersetzen.

(Ulrich Bd. 9. S. 600 ff.)

§. 189. Das Geh. Ob. Trib. führt (Datum des Erk. konstirt nicht) aus, daß es ein gültiges stillschweigendes Anerkenntniß enthalte, wenn ein Kontrahent, der sich bei Abschließung eines Vertrages in einem wesentlichen Irrthum befand, nach dessen Aufklärung dennoch gegen den anderen Kontrahenten aus dem Vertrage auf dessen Erfüllung klagt. (Centralbl. 1843. S. 363.)

§§. 236—240. Bornemann theilt mit, daß die §§. 236—240 h. t. in dem Entw. bis auf den Fall, wenn die Zeit der Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten überlassen worden, noch gänzlich fehlten. Erst bei der Umarbeitung des Entw. seien sie, auf ein Monitum, eingeschoben. Die Motive seien nicht angegeben. (System [2. Ausg.] Bd. 2. S. 308. Not. 2.)

§. 271. 1) Wenn der Vertrag von Seiten desjenigen, der eine Gegenleistung einklagt, in der Hauptsache erfüllt, und die Erfüllung von dem andern Kontrahenten angenommen worden, dieser aber behauptet, daß der Kläger allen seinen kontraktlichen Verbindlichkeiten noch nicht nachgekommen sei, und über den Sinn und Umfang der gedachten Verbindlichkeiten unter den Partheien Streit entsteht, so kann die Vorschrift des §. 271 h. t. nicht Veranlassung geben, den Kläger zur Zeit abzuweisen; vielmehr muß der obwaltende Streit im Urtel entschieden, und bestimmt werden, was der Kläger noch zu erfüllen und der Verklagte dagegen noch zu leisten hat. Dies folgt aus den vom Richter in den §§. 395, 396 und 399 h. t. ertheilten Vorschriften. (Erk. des Geh. Ob. Trib. vom 5. August 1842, Entscheid. Bd. 8. S. 232.)

2) Wenn Jemand vertragsmäßig Asche gegen Raff- und Leseholz (Vergeltung) **liefern** soll und wegen Gewährung des letzteren klagt, so muß der Einwand des nicht erfüllten Vertrages von dem Gegner durch Nachweis, daß er das Holz zur Asche geliefert habe, begründet werden.
(Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor v. 23. März 1839, Koch Arch. Bd. 5. S. 404.)

§§. **285—291.** Bornemann bemerkt ebenfalls, daß bei Berechnung der Entschädigung welche der eine Kontrahent bei verschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung Seitens des andern zu fordern berechtigt ist, von einem zweifachen Standpunkte ausgegangen werden könne. Man könne nämlich den Vertrag, je nachdem die Unmöglichkeit der Erfüllung vor dessen Abschluß Statt fand oder erst später eingetreten ist, als nicht zu Stande gekommen oder aufgelöst betrachten, oder man könne denselben als an sich verbindlich und fortbestehend ansehen, mit der Maßgabe, daß statt der unmöglichen Erfüllung deren Aequivalent geleistet werden müsse. Im ersten Falle könne dem anderen Kontrahenten nur das als Entschädigung zugestanden werden, was er gehabt hätte, wenn er zu dem Vertrage nicht veranlaßt worden wäre. Im zweiten Falle müsse er dagegen erhalten, was er gehabt hätte, wenn er zu dem Vertrage nicht veranlaßt worden wäre. Hiervon gehe auch das A. L. R. in den §§. **285—287** h. t. aus, und wenn gleich der §. **288** h. t. für den Fall eines mäßigen oder geringen Versehens nur von dem Ersatze des wirklichen Schadens ohne nähere Bestimmung spreche, so liege doch, bei dem Zusammenhange des §. **288** h. t. mit den §§. **285. 287** h. t. die Annahme nahe, daß die Redaktoren auch in dem zuletzt gedachten Falle an den durch Nichterfüllung des Vertrages verursachten Schaden gedacht hätten. (System [2. Ausg.] Bd. 2. S. 319.)

§. **292** Anh. §. **6.** Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. **23** und **114.**

§§. **325, 326, 328, 334.** Die von dem Verkäufer eines Grundstücks übernommene Verpflichtung, dasselbe von den darauf eingetragenen Lasten zu befreien, begründet für den Käufer, im Falle der unterbleibenden Erfüllung dieser Verbindlichkeit, wenn er vom Vertrage nicht wieder abgehen will, nur die Befugniß, den Ersatz des Minderwerthes, oder des vollen Werthes des Kaufgegenstandes zu fordern. Denn wenn die Freiheit von Lasten vorbedungen und nicht gewährt ist, so liegt nur ein Vertretungsfall (§. **323** h. t.) vor, in welchem Falle, wenn der Käufer nicht zurücktreten will, demselben so viel geleistet werden muß, als die Sache weniger dadurch werth ist. Dieß erhellet aus den zur Anwendung kommenden Bestimmungen der §§. **325, 326, 328** und **334** h. t., aus welchen auch folgt, daß, wenn die vorhandenen Intabulate den Werth der Sache übersteigen, der Verkäufer nur diesen letzteren zu gewähren hat, nicht aber zu einem Aufwande verpflichtet sein kann, der dem Umfange jener Eintragungen gleichkommt. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 10 Juni 1843, Entscheid. Bd. 9 S. 173.)

§§. **343—345.** Was die Kontroverse betrifft: ob in den Fristen der §§. **343** und **344** h. t. nur das Klagerecht, oder der ganze Anspruch verjährt, so daß er auch nicht mehr als Einrede geltend gemacht werden kann? so wird die letztere Alternative von dem Geh. Ob. Trib. auch in den Erk. vom **2.** Mai **1836** (Entscheid. Bd. **1.** S. **134.**) und v. **11.** Februar **1839** (Centralbl. **1843** S. **470.**), desgl. von dem O. L. G. zu Naumburg in dem Erk. v. **15.** Juli **1835** (Entscheid. Bd. **1.** S. **133.**) und von dem Ob. App. G. zu Posen in dem Erk. v. **7.** April **1838** (Centralbl. **1843.** S. **470.**) angenommen.

Dagegen hat auch die erstere Annahme wieder neue Vertheidiger gefunden.

a) Dr. Kuhne (L. u. St. G. R.), welcher davon ausgeht und zu zeigen sucht, daß in den §§. **343—345** h. t. wahre Verjährungsfristen aufgestellt seien, daß mit der Extinktivverjährung, der richtigen Ansicht nach und wie insbesondere die §§. **501** und **502** A. L. R. I. 9. ergäben, das Recht selbst, gegen welches sie eingetreten, zu Grunde gee, und daß der §. **345** h. t. von nichts Anderem, als von der gewöhnlichen Wirkung der Extinktivverjährung nach dem ursprünglichen Grundprinzipe des A. L. R. spreche und nur eine Wiederholung der §§. **501** ff. A. L. R. I. 9. enthalte, weshalb der darin gebrauchte Ausdruck: „so geht sein Recht verloren," nicht einseitig auf das vorhergebrauchte Wort „Klage" zu beziehen sei, sondern vielmehr auf den Anspruch zur Gewährleistung, und worin der Zwischensatz: „ohne die Klage . . . gerichtlich anzumelden" nichts Anderes, als die Unterbrechung der Verjährung

bezeichne. Die Frage: ob nicht das durch Verjährung zerstörte Recht durch Zurückbehalten eines Theils der Gegenleistung aufrecht erhalten werden könne? sei im A. L. R. nicht näher erwähnt; im gemeinen Rechte seien die Ansichten darüber getheilt, indeß hätten die meisten Rechtslehrer sich für die Fortdauer der Exception entschieden, jedoch nur weil angenommen werde, daß die obligatio naturalis fortdauere. Ein solches Fortbestehen erkenne indeß das Preuß. Recht nicht an, und deshalb sei der §. 345 h. t. dahin zu interpretiren, daß darin nicht bloß von der Verjährung des Klagerechtes, sondern von der des ganzen Rechtsanspruches und der daraus zu entnehmenden Einrede gesprochen werde. (Jur. W. 1843. S. 33 ff.)

b) Die Abhandlung in der Jur. W. 1844. S. 165 ff. führt aus, daß ein verjährter Anspruch auf Gewährleistung einem rechtlich gar nicht mehr existirenden gleichstehe und daher auch keine Einrede mehr daraus geschöpft werden könne, indem auch eine Einrede nichts Anderes sei, als die Geltendmachung eines Rechtes. Ueberdieß gehe nach Preuß. Rechte durch Extinktivverjährung das Recht selbst, mit der obligatio naturalis, verloren und der Satz: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, greife mithin hier nicht durch.

§§. 438 u. 439. Wenn einer von mehreren Korreal-Schuldnern durch Zinsenzahlung die Schuld anerkennt, so wird dadurch die Verjährung der Forderung auch gegen die Uebrigen unterbrochen oder gehindert.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 31. Aug. 1844. Koch Schles. Arch, Bd. 5. S. 462.)

Sechster Titel.

Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen.

Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 2. S. 170 ff.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 936 ff.

§§. 18 — 21. Vergl. Zus. zu §§. 70 — 78 h. t.

§. 34. Ueber die Frage: ob ein Mitschuldiger in einer Criminalsache, der, aus seiner solidarischen Verhaftung für die Gesammtkosten, mehr als seinen Antheil bezahlt hat, befugt ist, sich deshalb an denjenigen Mitschuldigen zu regressiren, für den er gezahlt hat? vergl. Zus. 2. zum A. L. R. I. 3 §§. 35 und 36. (Oben S. 11.)

§. 54. 1) Erstreckt sich der mit Ablauf der Frist des §. 54 h. t. verbundene Verlust des Rechts auf allen aus der beschädigten Handlung entstehenden Schaden, oder verliert bei fortdauernden schädlichen Folgen der Beschädigte nur sein Recht auf den Ersatz desjenigen Theils des Schadens, welchen er drei Jahre hindurch gerichtlich einzuklagen versäumt hat?

Das Geh. Ob. Trib. hat neuerdings (Datum des Erk. konstirt nicht), gegen seine frühere Ansicht[1]), die erstere Alternative angenommen, in dem es ausführt, daß die Klage auf Schadenersatz nicht eher statt finde, als bis der Schade wirklich zugefügt und eingetreten sei, daß auf Erstattung eines künftigen ungewissen Schadens, der bloß besorgt wird, aber noch nicht eingetreten ist, nicht geklagt werden könne, und daß der Lauf der Verjährung (nach §. 545 A. L. R. I. 9.) nicht beginnen könne, so lange noch keine Klage zulässig ist.

(Jur. W. 1843. S. 309.)

Dieselbe Ansicht hat der I. Sen. des O. L. G. zu Königsberg (Datum des Erk. konstirt nicht) aufgestellt. (Simon R. Bd. 1. S. 81.)

Dieterici (O. L. G. Ass.) hält dieselbe ebenfalls für die richtige. Denn Schade sei nach §. 1 h. t. jede Verschlimmerung des Rechtszustandes eines Andern, und die Klage auf Reparation dieses Zustandes setze, wie jede andere, eine Rechtsverletzung, das Dasein der Verschlimmerung, voraus. Der an die versäumte Verfolgung, geknüpfte Nachtheil könne nicht

1) Vergl. das ad h. t. gegebene Erk. vom 6. April 1833.

weiter reichen und nicht umfassender sein, als die Rechtsverletzung; denn deren Art und Umfang bestimme und begränze das Klagerecht, und man könne nicht mehr Rechte verlieren, als man erworben habe. Daher könne im §. 54 h. t. nur das Recht auf denjenigen Schaden gemeint sein, welcher wirklich zur Existenz gekommen. Ein stetig fortschreitender oder periodisch wiederkehrender Schade unterliege daher der Verjährung nur in soweit, als er wirklich Dasein gehabt habe. (Jur. W. 1843. S. 310.)

2) Vergl. die Motive der Dekl. vom 31. März 1838 in Dr. Löwenberg's Beiträgen zur Kenntniß der Motive des Preuß. Rechts, Bd. 1. S. 139 ff.

§§. 70—78. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 973 ff.

1) In wiefern haftet der Eigenthümer eines Hausthieres für den durch dasselbe angerichteten Schaden?

Nach der einen Ansicht ist die Entschädigungspflicht auf den Fall beschränkt, wenn die Vernachläßigung der Aufsicht in der Schuld des Eigenthümers selbst liegt, wogegen die zweite Meinung annimmt, daß der Eigenthümer auch dann den Schaden erstatten müsse, wenn überhaupt nur die Aufsicht verabsäumt ist, wenn z. B. der vom Eigenthümer gedungene Schäfer aus Vorsatz oder Nachläßigkeit die Heerde unbefugterweise auf ein bestelltes Ackerland hat übertreten lassen.

Die erstere Ansicht nehmen an:

a) der Civ. Sen. des O. L. G. zu Hamm (in dem Erk. v. 26. Mai 1840), davon ausgehend, daß der §. 73 h. t. den Eigenthümer nur für den Schaden verhaftet erkläre, welcher aus Verabsäumung der Aufsicht entsteht, und daß der Eigenthümer der ihm hiernach obliegenden Pflicht der Aufsicht vollständig durch Anstellung eines Hirten genüge. (Ulrich, Bd. 9. S. 409.)

b) Die Deputat. des L. und St. G. zu Dortmund. (a. a. O. S. 410.)

Dagegen halten die zweite Meinung für die richtige:

a) die Dep. des O. L. G. zu Hamm (in dem Erk. vom 16. Juni 1842). (Ulrich, Bd. 9. S. 410.)

b) das Geh. Ob. Trib. (in dem Erk. v. 30. Mai 1843). (a. a. O. S. 412.)

Das letztere führt aus, daß die Frage: wann eine verabsäumte Aufsicht anzunehmen? außer dem Bereiche des §. 73 h. t. liege, und daß letzterer nur rein objektiv dahin zu verstehen sei, daß der Eigenthümer für den Schaden haften solle, welcher daraus entstanden, daß die Aufsicht über sein an sich unschädliches Thier verabsäumt worden sei. Hierfür müsse der Eigenthümer haften, weil ein Jeder das Recht habe, in seinem Eigenthume nicht gekränkt zu werden, der gekränkte Dritte sich aber nicht an das willenlose Thier halten könne. Für den Beschädigten sei es gleichgültig, wem der Mangel an Aufsicht zur Last falle; die bloße Vernachläßigung der Aufsicht überhaupt verpflichte den Eigenthümer des Thieres zum Schadensersatze. Die §§. 60—64 h. t. fänden hier keine Anwendung, sondern handelten nur von dem Schaden, welcher aus den eigenen Handlungen des Dienstboten hervorgegangen sei.

Diese Ausführung sucht Rören (O. L. G. Ass.) zu widerlegen und die Meinung zu rechtfertigen, daß der §. 73 h. t. nur von einer solchen Verabsäumung rede, welche in der Schuld des Besitzers beruht. In Bezug auf den Eigenthümer sei der aus der Vernachläßigung der Beaufsichtigung Seitens des Hirten entstandene Schaden ein Zufall, und nicht einmal dies, weil dabei weder eine Handlung, noch Unterlassung des Eigenthümers konkurrire, was stets erfordert werde, wenn Letzterer zu irgend einer Entschädigung verpflichtet werden solle. Dies ergebe der dritte Tit. des Th. I des A. L. R. und die Ueberschrift des Tit. 6. Wenn der Eigenthümer für die Folgen des Versehens seines Hirten haften sollte, so würde dies mit klaren Worten ausgesprochen sein, wie z. B. in Hinsicht der Fuhrleute bezüglich der Versehen ihrer Knechte im A. L. R. II. 15. §. 37, und 8. §§. 2451. 2459. Auch würde alsdann der Eigenthümer unschädlicher Hausthiere schlechter gestellt sein, als, nach §. 71 h. t., der Eigenthümer schädlicher Thiere. Ferner spreche hierfür der Gegensatz des §. 73 zum §. 72 h. t. und endlich bestätigten die Materialien [1]) diese Ansicht. (Ulrich, Bd. 10. S. 199.)

---

1) Vergl. Zus. 1. ad h. l.

Koch ist der Meinung, daß wenn das Thier einen Hüter hat, zunächst dieser, der Herr aber nur alsdann haften müsse, wenn er bei der Auswahl des Hüters ein Versehen begangen habe.
(Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 973.)

2) Die Entscheid. des Geh. Ob. Trib. v. 5. Aug. 1843, daß in die Stelle der §§. 70 seq. h. t. für diejenigen Landestheile, in denen das Preuß. Landrecht von 1721 publicirt worden, die in dasselbe aufgenommene Theorie der actio de pauperie trete, und daß bei dieser Theorie die Einwirkung der §§. 18 seq. h. t. „wegen der Mitschuld des Beschädigten" nicht stattfinde (Entscheid. Bd. 9. S. 381 und Centralbl. 1843. S. 695.) ist dadurch antiquirt, daß das Preuß. Landrecht von 1721 durch den §. 3 des Patents wegen Publikation des Provinzialrechts für Westpreußen v. 19. April 1844[1]) seit dem 1. Juli 1844 aufgehoben worden ist.

3) Koch bemerkt, daß unter dem Ausdrucke: „Eigenthümer" hier nicht absolut der Eigner des Thieres zu verstehen sei, sondern Derjenige, welcher vermöge eigenen Rechts oder Besitzes das Thier in Gewahrsam hat, wie z. B. der Viehpächter. (Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 973.)

§. 113. Was ist im §. 113 h. t. unter: „Kurkosten" zu verstehen?

Koch nimmt an, daß hier nur die Kurkosten im engeren Sinne, d. h. das Arztlohn und die Medizinkosten, nicht auch Wärterlohn, Pflegekosten u. dgl., verstanden werden, und theilt mit, daß dies auch der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau (in dem Erk. v. 5. Juli 1836) ausgesprochen habe. Hiernach falle das Schmerzensgeld jedesmal weg, wenn keine Kurkosten entstanden, weil angenommen werde, daß die Verletzung so geringe gewesen, daß sie keiner besondern Kur erfordert habe, daß mithin auch die Schmerzen nicht beträchtlich hätten sein können.
(Recht der Ford., Bd. 3 S. 950.)

§. 123. Koch nimmt (wie Bornemann[2]) an, daß die Frage: ob dem Frauenzimmer dadurch die Gelegenheit zu heirathen erschwert werde, keinen direkten Beweis zulasse und daß es keine allgemeinen Regeln dafür gebe, sondern lediglich das richterliche Ermessen hierbei entscheiden müsse.

Dagegen bestreitet er die Ansicht Bornemann's, daß ein noch nicht mannbares Frauenzimmer erst von dem Augenblicke der Mannbarkeit die Entschädigung zu fordern berechtiget sei.
(Recht der Ford. Bd. 3. S. 948.)

Siebenter Titel.

Von Gewahrsam und Besitz.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 1. S. 212 ff.
Dr. Koch, Lehrbuch des Preuß. gemeinen Privatrechts, Bd. 1. S. 297 ff.

§ 4. Durch die unvordenkliche Verjährung des gemeinen Rechts können solche Rechte nicht begründet werden, an denen, als persönlichen, ein juristischer Besitz nicht stattfindet.
(Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 17. Juni 1844, Entscheid. Bd. 10. S. 1.)

§. 11. Evelt (L. u. St. G. Dir.), über Unredlichkeit des Besitzes. (Ulrich Bd. 8. S. 666 ff.)

1) Evelt sucht zu zeigen, daß das bloße Nichtwissen des Titels, aus welchem Jemand besitzt, nur dann schadet, wenn es sich um gesetzliche Vorschriften handelt, welche Jedermann beachten muß, oder wenn ein gewöhnlicher Grad der Aufmerksamkeit schon Zweifel erregen müßte. Jede Unredlichkeit werde durch positives Wissen bedingt, allein nur diejenige Unredlichkeit, welche durch Betrug oder Vorsatz, oder bösen Willen, und überhaupt mit der vollen Ueberzeugung der Unrechtmäßigkeit entstanden, resp. begleitet wird, verpflichte zum Ersatze der fructuum percipiendorum. Ob der eine oder der andere Fall vorliege, müsse der Richter nach den jedesmaligen Thatsachen beurtheilen. Ueberhaupt sei das Wissen, wovon die Unredlichkeit des

---

[1]) Vergl oben S. 3.
[2]) Vergl. Zus. 2. ad h. l.

Besitzes abhänge, etwas Inneres, auf welches der Richter nur nach den Umständen schließen könne. Das Gesetz habe nur in so weit feste Kennzeichen aufgestellt, als es einestheils in einzelnen Fällen die Vermuthung der Unredlichkeit ausspreche, und anderntheils die Wirkungen des Irrthums auf die Redlichkeit näher bestimme. (a. a. O. S. 671.)

2) Das O. L. G. zu Münster (Datum des Erk. konstirt nicht) führt aus, daß sich aus den §§. 11. 13. 14. 222. 223 u. 229 h. t. ergebe, daß nicht jeder unredliche Besitzer, sondern nur derjenige, der es weiß, daß die Sache, die er als eine eigene besitzt, einem Anderen zugehörte, auch diejenigen Früchte und Nutzungen, welche der rechtmäßige Eigenthümer wirthschaftlich hätte genießen können, demselben vergüten müsse. (a. a. O. S. 673.)

§§ 43 sqq. Piners, der Erwerb des Besitzes für Korporationen. (Ulrich Bd. 8. S. 452 ff.)

1) Piners hält die von Bornemann aufgestellte Theorie über den Erwerb des Besitzes für Korporationen für unrichtig. Er geht davon aus, daß die Gemeinde entweder ihr Vermögen selbst benutze oder zu den Zwecken der einzelnen Mitglieder. Das A. L. R. II. 6. §§. 70—72. gedenke beider Vermögensarten; der §. 72. l. c. wolle, in Verbindung mit §§. 70 u. 71. nur bestimmen, daß die Verwaltung und Nutzung nicht durch Schlüsse der Korporation angeordnet werde; da auch die Nutzung dieses Vermögens mit dem Augenblicke beginne, wo Jemand als Mitglied der Korporation aufgenommen wird, das austretende Mitglied aber nichts von diesem Vermögen an sich ziehen könne, so sei an ein eigentliches Miteigenthum der einzelnen Korporations-Mitglieder nicht zu denken. So werde auch die Sache rücksichtlich des Vermögens der Städte, im A. L. R. II. 8. §§. 159—165., behandelt. Die Handlungen der einzelnen Mitglieder müßten daher der Korporation zu Gute kommen, da letztere als solche gar kein Recht auf die Nutzungen haben, und sie also Besitzhandlungen nicht vornehmen können. Es müsse hier auch gleichgültig sein, ob eine Majorität von Gemeindemitgliedern das Recht ausgeübt habe oder nicht. In den meisten Fällen sei eine solche Majorität nach der Natur der Sache gar nicht einmal denkbar. Der Einzelne, welcher als Korporations-Mitglied das Recht ausübe, mache auch jedesmal das ganze Recht der Korporation geltend, und zwar vermöge des ihm verfassungsmäßig zustehenden Nutzungsrechtes. Er sei also als Repräsentant der Korporation zu betrachten. Benutze die Korporation das Vermögen selbst, so könne weder das einzelne Gemeindemitglied, noch auch eine Mehrheit von Gemeindemitgliedern den Besitz für die Gemeinde erwerben, sonderen es seien deren Handlungen unbefugte Eingriffe in das Korporationsvermögen. Nur die Handlungen der Repräsentanten oder Vorsteher könnten hier entscheiden, ohne daß es auf einen Beschluß der Korporation ankommen könne. Da, nach §. 26 h. t., nicht bloß die Vorsteher oder Vertreter der juristischen Person an die Stelle der letzteren träten, so sei es genügend, wenn die Mehrheit der Mitglieder die Besitzhandlungen vornehmen. (a. a. O. S. 456 ff.)

2) Vergl. die Gründe des Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 2. Mai 1842 [1]) in den Entscheid. Bd. 8. S. 1 ff.

§. 44. Ist im §. 44 h. t. die bloß physische oder die juristische Unfähigkeit zur Willenserklärung gemeint?

Dr. Kuhne (L. u. St. G. R.) sucht (besonders aus den Materialien) zu zeigen, daß das A. L. R. zum Besitzerwerb keine andere Willensfähigkeit, als die juristische erfordere. (Jur. W. 1844. S. 181 ff. 197 ff.)

§. 45. Piners bemerkt, daß der Andere, welcher die Besitzhandlung vornehme, nicht gerade ausdrücklich dazu den Auftrag erhalten zu haben brauche, sondern, daß der Auftrag auch in der vertragsmäßigen Stellung liegen könne, worin zwei Personen zu einander stehen. So habe der Pächter vermöge seines Pachtrechtes die Benutzung aller dem Gute anklebenden Rechte, die einen nach Gelde zu schätzenden Ertrag gewähren (A. L. R. I. 21. §. 409.) und die Pflicht, darauf zu halten, daß das Gut nicht in seinen Rechten verkürzt werde. (§. 433. a. a. O.) Der Besitzer eines Grundstücks könne diejenigen Gerechtsame ausüben, in deren

---

[1]) Vergl. Ergänzungr. ad h. l. Bd. 1. S. 329.

Besitz sich das Gut befinde; er sei der Vertreter desselben nach außen, nicht vermöge einer Vollmacht des Eigenthümers, sondern vermöge seines Besitzes an der berechtigten Sache.
(Ulrich Bd. 8. S. 449.)

§§. **58. 59. 66.** u. **71.** 1) Außer dem Falle, daß der neue Erwerber einer Sache dieselbe bereits aus einem früheren Rechtsgrunde in seinem Besitze hat, (brevi manu facta traditio) und dem, wo der bisherige Besitzer der Sache dieselbe für einen Andern besitzen zu wollen erklärt (constitutum possessorium), genügt die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers nicht, um den Besitz auf einen Andern zu übertragen, vielmehr muß von Seiten des Letzteren auch noch eine Handlung, die Besitzergreifung, hinzukommen, um ihn in den Stand zu setzen, über die Sache zu verfügen. Nur durch eine derartige Besitzergreifung wird, bei einer Uebergabe durch bloße Willensäußerung, das Eigenthum einer Sache erworben, und die Klage auf Herausgabe der Sache gegen einen dritten Besitzer begründet.

So erkannt von dem Geh. Ob. Trib. (per sent. v. **24.** April **1843.**) Denn, dem §. **58** h. t. zufolge, könne eine Besitzübertragung ohne Besitzergreifung nicht gedacht werden, vielmehr werde, nach §. **109** h. t., der Anfang des Besitzes von der ersten Handlung, wodurch derselbe ergriffen worden, gerechnet. Der §. **59** h. t. könne mithin nicht so verstanden werden, daß er die Besitzergreifung für unnöthig erkläre, sondern er enthalte nur eine Modifikation in Betreff der Form der Besitzergreifung, indem es danach einer besonderen Handlung Seitens des Erwerbers der Sache nicht bedürfen solle, wenn sich derselbe schon durch die Willenserklärung des bisherigen Besitzers in den Fall gesetzt sehe, über die Sache zu verfügen. Diese Möglichkeit trete aber nur ein bei der brevi manu traditio und bei dem consl. possess. In allen anderen Fällen müsse die Besitzergreifung Seitens des Erwerbers hinzukommen, und der §. **59** h. t. sei daher nur dahin zu verstehen, daß derselbe nur von dem E r s t e n der beiden, nach §. **58** h. t. erforderlichen Requisite, nämlich v o n d e r E n t s c h l a g u n g des Besitzes Seitens des früheren Besitzers spreche, und daß also, außer den beiden, in §§. **69** u. **71** h. t. bemerkten Fällen, zur Erlangung des Besitzes durch Uebergabe, die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers n i c h t hinreiche, sondern auch noch der Akt der Besitzergreifung von Seiten des neuen Besitzers hinzukommen müsse. (Entscheid. Bd. 9. S. 179.)

2) Die Frage: wie eine Uebergabe von ungefällten Bäumen im Walde, desgleichen von Früchten, welche noch auf dem Halme stehen, bewirkt werden kann? hat zur anderweitigen Erörterung Veranlassung gegeben.

Es haben sich für die Meinung, daß die Uebergabe solcher noch nicht von der Hauptsache getrennter Bestandtheile u n z u l ä s s i g sei, entschieden:

a) V i n e r s, indem er ausführt, daß dies die Ansicht des gemeinen Rechts sei, auf dessen Grundlage der Theorie vom Besitze sich das A. L. R. stütze, welches im §. **47** h. t. den Besitzerwerb einer Sache, die mit einer andern vermischt ist, erst dann zulasse, wenn dieselbe abgesondert oder kenntlich ausgezeichnet worden. Auch habe S u a r e z die Sache so aufgefaßt[1]), dessen Ansicht, wie näher zu zeigen gesucht wird, mit der Theorie des A. L. R. in dieser Materie vollkommen im Einklange stehe. (Ulrich Bd. 8 S. 459.)

b) Das L. u. St. G. zu H a r s t m a r (per sent. v. **4.** Sept. **1843**) und der **I.** Sen. des O. L. G. zu M ü n s t e r (per sent. v. **15.** Okt. **1843**), ebenfalls (mit Bezug auf §§. **43. 45. 65.** A. L. R. **I. 2.**) davon ausgehend, daß jede Besitzergreifung einer mit der Hauptsache physisch zusammenhängenden Sache deren Separation voraussetze, und mit Rücksicht darauf, daß der §. **64** h. t. gerade hinsichts der symbolischen Uebergabe verlange, daß der körperlichen Besitznahme nichts entgegenstehe. (Ulrich Bd. 9. S. 533.)

Zuletzt hat Dr. K u h n e (L. u. St. G. R.) die ganze Lehre, unter Vergleichung mit den gemeinrechtlichen Theorien, einer gründlichen Revision unterworfen. Derselbe gelangt zu dem Resultate, daß nach den Principien des A. L. R., ungeschlagenes Holz zwar durch bloße Bezeichnung nach vorheriger Anweisung übergeben werden könne, daß aber die rei vindi-

---

[1]) Vergl. Note 1 ad h. t.

catio nur in dem Falle stattfinde, wenn nicht ein Anderer den körperlichen Besitz auf redliche Weise erworben habe. (Jur. W. 1844. S. 664 ff.)

3) Wenn auf dem Transporte befindliche Waaren von dem Besteller verkauft werden, so setzt die zur Eigenthums-Uebertragung erforderliche Uebergabe auf symbolische Weise die Aushändigung des über die Waaren lautenden Konnoissements voraus. Dies folgt aus den Bestimmungen der §§. **63** u. **64** h. t. und daraus, daß der Inhaber des Konnoissements (A. L. R. II. 8. §§. **1668—1669.**) berechtiget ist, die darin bezeichneten Sachen von dem Schiffer oder Fuhrmann in Empfang zu nehmen, und letzterer durch das Konnoissement, (nach §§. **1671** ff. a. a. O.) die Pflicht überkommt, die Sachen gegen Aushändigung des Konnoissements abzuliefern. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 16. März 1839. Gräff Archiv Bd. I. H. 1. S. 124.)

Vergl. Zus. **3.** zum A. L. R. **I. 11.** §§. **128—134.** (Ergänz. Bd. I. S. 555.)

§§. **80. 106—108.** Muß derjenige, welcher den Besitz eines affirmativen Rechtes behauptet, besonders beweisen, daß die Handlung als eine fortdauernde Schuldigkeit gefordert worden?

Der I. u. II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor bejahen in dem Erk. v. **7.** Dec. **1837** u. **12.** Febr. **1839.** (Koch Schles. Archiv Bd. 5. S. 137.)

Dagegen verneint das Geh. Ob. Trib. (in dem Erk. v. **26.** Okt. **1839**); denn der §. **80** h. t. bestimme nicht, daß der, welcher den Besitz eines affirmativen Rechtes behauptet, auch nachweisen müsse, daß die Handlung als eine fortdauernde Schuldigkeit gefordert worden, und daß dafür keine Vermuthungen stattfinden sollten. Der §. **107** h. t. ergebe vielmehr, daß dergleichen allerdings zulässig, und die hier erwähnte Vermuthung, welche, nach §. **108** h. t., nur durch entgegenstehende, aus gewöhnlichen Verhältnissen, oder anderen Umständen des vorliegenden Falles sich ergebende besondere Vermuthungen wieder gehoben werden könnten, sei allgemein und finde auch bei affirmativen Rechten Anwendung, deren Gegenstand fortdauernde Verpflichtungen zu Handlungen und Leistungen sind. Denn, wenn nach §. **107** h. t. vermuthet werde, daß die Leistung auf Grund der Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung geschehe, so müsse auch präsumirt werden, daß der Andere die Leistung als eine Schuldigkeit gefordert habe, und zwar als eine fortdauernde, wenn es feststehe, daß die Leistung zu gewissen Zeiten gleichmäßig wiederholt worden. Der §. **80** h. t. müsse nach dem im §. **107** h. t. enthaltenen Rechtsgrundsatze ausgelegt werden. (a. a. O. S. 138.)

§§. **106—108.** J. G. Bickel, de precario. Marb. 1820.
G. E. Schmidt, das Commodatum und Prekarium. Eine Revision der Grundlehren beider. Leipzig. 1841.
Koch, Recht der Forderungen. Bd. 3. S. 366 ff.

§§. **111** sqq. Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. **17.** Febr. **1842**) aus, daß der Besitz, als etwas blos Thatsächliches, durch Anstellung einer Klage nicht gestört werden könne, sondern daß hierzu Handlungen erforderlich seien, welche die Ausübung des Besitzes selbst hindern oder doch beeinträchtigen. Die processualische Erörterung des Rechts zum Besitze habe auf die Thatsache des Besitzes selbst gar keinen Einfluß, und wenn auch das Recht zum Besitze streitig werde, so könne doch der Besitz selbst ganz ruhig und unbestritten dem einen oder anderen der streitenden Theile zustehen. Dies folge aus dem Begriffe des Besitzes und aus dem Grundsatze, daß bei Besitzstreitigkeiten das Recht zum Besitze gar nicht in Betracht komme, so daß also auch ein unredlicher Besitzer nichtsdestoweniger als Besitzer vom Gesetze anerkannt werde und auf die possessorischen Rechtsmittel Anspruch habe. (§§. **143. 146. 151. 161** h. t.) (Ulrich Bd. 9. S. 420.)

§§. **126** sqq. Wenn statt der Naturalleistung von Diensten ein Aequivalent dafür in letzter Zeit gegeben worden, so ist der zur Begründung einer Possessorienklage erforderliche jüngste Besitz nicht vorhanden. Denn der §. **126** h. t. setzt voraus, daß sich mit dem in Rede stehenden Rechte keine Veränderung zugetragen habe.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 13. Jan. 1841. Koch Archiv Bd. 5. S. 85.)

§. **144.** Ist der Ehemann, dessen Ehefrau sich von ihm eigenmächtig entfernt und Wirthschaftssachen mitgenommen hat, berechtiget, derselben diese Sachen wieder abzunehmen und liegt der Polizeibehörde ob, ihn hierbei zu unterstützen?

Das Justizministerium und das Ministerium des Innern haben (auf Grund des §. 144 h. t. und weil es die Bestimmung der Polizeibehörden sei, diejenigen, welche sich in Ausübung einer gesetzlichen Handlung befinden, gegen muthmaßliche Mißhandlungen oder sonstige Beeinträchtigungen dritter Personen zu schützen) bejahet und wollen die Sache erst dann zum Rechtswege verwiesen wissen, wenn die Ehefrau die Ausantwortung der Sachen aus einem speciellen Rechtsgrunde verweigert. (Justizmin. Bl. 1845 S. 236.)

§§. 146—154. 1) Ein Privat-Beamter oder Verwalter erwirbt auch durch die Eintragung seines Rechtsverhältnisses in das Hypothekenbuch kein derartiges dingliches Recht, welches für sich besessen und dessen Besitz durch eine Besitzklage (possessorium summarissimum) geschützt werden könnte. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 18. Juni 1843. Koch Arch. Bd. 5. S. 113.)

2) Im Possessorien-Prozeß kommt es nur auf den Besitz, nicht auf die Formen, unter welchen derselbe entstanden ist, an. Der Richter hat nur den Besitzstand zu untersuchen. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 18. Juli 1843. Koch Arch. Bd. 5. S. 101.)

3) Im possessorischen Rechtswege kann der Schutz im Besitze eines affirmativen Rechts, — gleichviel, ob solches dinglich oder persönlich, fortdauernd oder nur unter gewissen Verhältnissen wiederkehrend ausgeübt sein möge, — nicht in Anspruch genommen werden.

So erkannt von dem Geh. Ob. Trib. (per sent. v. 22. März 1844) unter Vernichtung des, von der entgegengesetzten Ansicht ausgehenden, Erk. des I. Sen. des O. L. G. zu Paderborn v. 8. Sept. 1843. (Entsch. Bd. 10. S. 100.)

Achter Titel.

Vom Eigenthume.

Westphal, System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Eigenthum und Verjährung. Frankf. u. Leipz. 1791.
Th. E. Körner, das unbewegliche Eigenthum nach Preuß. Rechte. Eine systematische Darstellung. Nach Lage der neuesten Gesetzgebung und mit Rücksicht auf deren Erörterung durch Praxis und Wissenschaft entworfen. Berlin. 1843 8. (Recension von Koch, in den krit. Jahrb. für deutsche Rechtswiss. von Richter u. Schneider, Bd. 8. (1844) S. 223 ff.)
Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 2. S. 1 ff.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts. Bd. I. S. 394 ff.

§. 1. Ueber den Begriff des Eigenthums überhaupt.
Bornemann, a. a. O. S. 1 ff. §. 72.
Koch, a. a. O. S. 394. §. 232.
Körner, a. a. O. S. 13 ff. §. 9.

§§. 6—8. 1) K. O. v. 7. Febr. 1845, betr. die Aufhebung der Unfähigkeit von Personen bäuerlichen Standes zur Erwerbung von Lehn-Rittergütern in den ehemals Königl. Sächsischen Landestheilen. (G. S. 1845 S. 96.)

2) Ankauf von Grundstücken Seitens der Domainen-Rent-Beamten [1]).

a) C. R. des Min. des K. Hauses, Abthl. II., v. 4. Dec. 1837 an sämmtl. K. Reg. diesseits der Weser. Die Fälle, in welchen Rentbeamte Grundstücke in ihren Amtsbezirken für eigene Rechnung sub hasta erstehen, sind nicht so strenge zu beurtheilen, als solche, in welchen Beamte dieser Kategorie mit den Amtseinsassen ihres Bezirks, wegen Erwerbung von Grundstücken, in unmittelbare Verhandlung treten. Die Regierungen sind daher ermächtiget, bei allen im Wege der Subhastation eintretenden Grundstücks-Erwerbungen der Rentbeamten den Akquisitions-Konsens ohne Anfrage zu ertheilen, wenn sie sich zuvörderst davon überzeugt haben, daß überhaupt auf die Subhastation dadurch nicht nachtheilig eingewirkt werden könne,

[1]) In der 2. Ausg. der Ergänz. und Erläut. Bd. I. S. 363. sub Litt. C. ist statt „Staatsbeamten" zu lesen: „Domainen-Rent-Beamten."

und insbesondere auch, daß die Subhastation der betreffenden Grundstücke auf keine Weise von den dieselben erwerbenden Rentmeistern herbeigeführt worden ist. Es kann daher letzteren auch nicht gestattet werden, solche Grundstücke für sich zu erwerben, deren Subhastation auf Instanz des von ihnen repräsentirten Amtes eingeleitet worden ist. Eben so wenig ist es zulässig, daß Rentbeamte Domanial-Renten ankaufen, oder sich in Kaufgeschäfte mit den Amtseingesessenen und der Amtskasse überhaupt Zinspflichtigen einlassen. (v. K. Annalen Bd. 21. S. 891.)

b) C. R. der K. Reg. zu **Marienwerder** v. **10.** Jan. **1838**, welches das vorstehende C. R. publicirt. (a. a. O. Bd. 22. S. 38.)

§§. **29—32.** Die Bestimmung des R. des Min. der P. v. **5.** Juni **1833** hält **Koch** für **ungesetzlich**, weil bis jetzt das Gesetz fehle, welches den Grundbesitzern die Verpflichtung auferlegt, die temporellen Truppen-Uebungen zu dulden. (Lehrb. Bd. I. S. 398 Note 8.)

§. **32.** Westpreuß. Provinz. Recht v. **1845.** §. **8.** (G. S. 1845. S. 105.)

§§. **33** u. **34.** Zur K. O. v. **20.** Juni **1830**, betr. die Erhaltung der Stadtmauern.

1) C. R. der K. Min. des J. u. d. P. sowie der F. v. **15.** Sept. **1835**, an sämmtl. K. Reg., betr. die Wahrnehmung des Steuerinteresse bei neuen oder veränderten Einrichtungen an den zum Verschluß der Städte dienenden Bauwerken. (v. K. Annalen Bd. 19. S. 757.)

2) R. der K. Min. der G., U. u. Med. Ang., des J. u. d. P., d. Fin. u. des Kr., v. **28.** Sept. **1837** an die K. Reg. zu Magdeburg, betr. die Bestreitung der Kosten für Anfertigung von Zeichnungen alter städtischer Bauwerke, Behufs deren Abtragung.
(v. K. Annal. Bd. 21. S. 691.)

3) R. der K. Min. des J. u. d. P. u. d. F. v. **30.** Dec. **1838** an den Mag. zu Prenzlau und abschriftlich an die K. Reg. zu Potsdam. Die K. O. v. **20.** Juni **1830** enthält in ihrem §. **2.** die klare Bestimmung, daß da, wo wegen Unterhaltung des Verschlusses der Städte ein bestimmtes Rechtsverhältniß besteht, es bei solchem bewenden soll, daß aber auch da, wo ein solches Rechtsverhältniß **nicht** besteht, die Städte, welche Antheil an der Mahl- und Schlachtsteuer haben, jedenfalls einen verhältnißmäßigen Antheil an den Unterhaltungskosten des Verschlusses zu tragen gehalten sind. Diese letztere Bestimmung hebt also die erstere in mahl- und schlachtsteuerpflichtigen Städten keineswegs auf, läßt es vielmehr auch in diesen, wenn sonst ein bestimmtes Rechtsverhältniß hinsichtlich dieses Gegenstandes darin besteht, bei solchem bewenden. In der Mark hat sich durch Observanz ein schon in vielen Fällen anerkanntes Rechtsverhältniß gebildet, nach welchem die Städte die Hälfte zur Unterhaltung ihrer Mauern, Thore ꝛc. beitragen müssen. Da nun bei Erhaltung der städtischen Mauern ꝛc. ein Staats-Interesse eintritt, so ist es nach Analogie dessen, was der Anh. zu der Reg.-Instrukt. §. **42.** vorschreibt, zulässig, daß die betr. Reg. die zu jenem Zweck erforderlichen Vorkehrungen trifft und den dazu von der Stadt zu entrichtenden Beitrag im Wege der Exekution einzieht.
(v. K. Annal. Bd. 22. S. 950.)

4) R. der K. Min. des Kr., der Fin. u. des J. v. **31.** Juli **1844** an die K. Reg. zu **Breslau**. Die Anwendbarkeit der Vorschriften der K. O. v. **20.** Juni **1830** auf Thorthürme **wird** dadurch, daß solche und die Nebenhäuser früher Privateigenthum gewesen und erst durch **Ankauf** in den Besitz der Kommune gelangt sind, nicht ausgeschlossen.
(Min. Bl. d. i. V. 1844. S. 219. Nr. 249.)

5) R. des K. Min. des J. v. **31.** Mai **1822** an die K. Reg. zu Marienwerder. Da die **rechtl.** Präsumtion dafür ist, daß den Stadtgemeinden das Eigenthum der Stadtmauern zustehe, so muß in den Fällen, wenn kein spezieller Titel ein anderes Rechtsverhältniß ergiebt, und übrigens die polizeil. und finanziellen Rücksichten das Niederreißen der Mauern gestatten, das **Provenue** aus den Materialien den Stadtgemeinden überlassen bleiben.
(v. K. Annal. Bd. 6. S. 385.)

§. **35.** Zur K. O. v. **4.** Okt. **1815**, betr. die zu Veränderungen an öffentl. Gebäuden oder Denkmälern einzuholende Genehmigung.

1) C. R. des K. Min. der G., U. u. Med. Ang. v. **28.** Jan. **1830** an sämmtl. K. Reg., **welches** auf das C. R. v. **15.** Dec. **1823** mit der Aufforderung verweiset, dafür möglichst zu **sorgen**, daß Denkmäler alter Kunst, namentl. auch Glasmalereien, durch zweckmäßige Vorkeh-

rungen erhalten und durch Ergreifung geeigneter Maßregeln vor jeder Beschädigung oder gänzlichem Untergange gesichert werden. (v. K. Annalen Bd. 14. S. 9.)

2) C. R. des K. Min. der G., U. u. Med. Ang. v. 27. März 1835 an sämmtl. K. Reg. Die K. O. v. 7. März 1835 hat die Sorge für die Konservation der Bau-Denkmale und Ruinen im Allgemeinen dem Min. der geistl. Ang. übertragen. In Bezug auf die zur Erhaltung solcher Gegenstände erforderlichen Mittel soll aber an des Königs Maj. in den vorkommenden Fällen zur Allerh. Beurtheilung der Nothwendigkeit der darauf zu verwendenden Kosten berichtet werden. (v. K. Ann. Bd. 19. S. 142.)

3) R. des K. Min. des J., Abth. II., v. 24. Dec. 1844 an sämmtl. K. General-Kommissionen, sowie an sämmtl. K. Reg., ausschließlich der Rheinischen, betr. die Erhaltung historischer Denkmäler (Hünengräber, Landwehren oder Schanzen ꝛc.) bei Separationen.
(Min. Bl. d. i. V. 1845. S. 23. Nr. 28.)

§§. **96** sqq. 1) G. v. 28. Febr. 1843. über die Benutzung der Privatflüsse.
(G. S. 1843. S. 41., s. zum A. L. R. II. 15. §§. 28—43., Ergänzung. (2. Ausg.) Bd. 6. S. 420.)

2) V. v. 26. April 1844., betr. die Aufhebung des im Markgrafthum Oberlausitz geltenden Ober-Amts-Patent v. 18. Aug. 1727, wegen Wässerung der Wiesen, freien Wasserlaufs und Räumung der Flüsse. (G. S. 1844. S. 112.)

§. **100**. Plenarbeschluß des Geh. Ob. Trib. v. 9. April 1844. Unter den im §. 100 h. t. bezeichneten Gräben und Kanälen sind Privatflüsse nicht zu verstehen, und es liegt daher auch bei den letzteren den Eigenthümern nicht ob, den Ablauf des Wassers in denselben zu unterhalten.

Die Gründe dieses Plenarbeschlusses sind im Wesentlichen folgende:

Die §§. 99 und 100 lassen sich nur dahin deuten, daß der §. 99. die Verbindlichkeiten des Grundeigenthümers in Beziehung auf die sein Eigenthum durchströmenden Privatflüsse hat bestimmen, und daß im §. 100. die besonderen Verpflichtungen haben festgesetzt werden sollen, welche ihm in Betreff der künstlichen Gräben und Kanäle obliegen. Hätte sich der §. 100. mit auf die Privatflüsse im Allgemeinen beziehen sollen, so würde eine andere Fassung erfolgt sein. Es würde nicht zwischen natürlichem und künstlichem Wasserlauf distinguirt worden sein.

Dagegen ist jetzt ausdrücklich unterschieden:

a) im §. 99., was im Allgemeinen bei Privatflüssen Rechtens sein solle und sodann

b) im §. 100., wie es in Ansehung der Gräben und Kanäle, durch welche das Wasser seinen ordentlichen Ablauf hat, gehalten werden solle. Wenn gleich unter Kanälen nicht immer blos eine durch Menschenhand angelegte Wasserleitung verstanden wird, — sondern das A. L. R. sich auch des Wortes „Kanal" bedient, um damit im Allgemeinen das Bette eines Flusses zu bezeichnen. (Thl. I. Tit. 9. §. 271.; Thl. II. Tit. 15. §§. 69 ff.) so muß man doch den Worten zunächst die gewöhnliche Bedeutung beilegen, und darf dann hievon nur abgehen, wenn aus dem Sinne und Zusammenhange und aus unzweifelhaften Gründen klar erhellt, daß man sich des Wortes in einem anderen als dem gewöhnlichen Sinne bedient habe. (A. L. R. Einl. §. 46.) Wenn im A. L. R. I. 9. u. II. 15. das Wort Kanal, in einer dem Sprachgebrauch gar nicht entsprechenden Weise, für „Lauf des Flusses" oder auch für „Flußbett" gebraucht worden, so darf deshalb doch nicht in andern Fällen von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche abgewichen, und namentlich nicht im §. 199. h. t., gegen den Zusammenhang Kanäle für „Privatflüsse" ausgelegt werden. Es liegt auch in der Natur der Sache, daß dem Grundeigenthümer in Beziehung auf die Unterhaltung der künstlich angelegten Gräben und Kanäle größere Verpflichtungen gegen die Nachbarn auferlegt worden, als bei natürlichen Wasserläufen. Denn bei letzteren ist der allgemeine Grundsatz festgehalten, daß in der Regel Niemand verpflichtet ist, etwas zu leisten, was nicht ihm selbst, sondern nur Andern, Nutzen gewährt. Bei künstlichen Wasserläufen ist als Regel vorauszusetzen, daß der betreffende Grundeigenthümer selbst in seinem Interesse den Graben gezogen habe, und da es ein allgemeiner Grundsatz ist, daß keine Veränderung des natürlichen Wasserlaufes vorgenommen werden dürfe, welche den Nachbarn zum Nachtheil gereicht, so verpflichtet auch die durch den Grundeigenthümer erfolgte Anlegung des neuen Grabens diesen zu einer solchen Erhaltung der Anlage, daß selbige den Nachbarn nicht nachtheilig werde.

Auch aus dem 3. Westphälischen Landtags-Abschiede v. 22. Juli 1832 folgt nichts für die Annahme, daß man dabei die Vorschrift des §. 100. h. t. nicht blos auf künstliche Gräben und Kanäle sondern auch auf natürliche Privatflüsse für anwendbar erachtet habe.

Denn daraus, daß darin nur auf den §. 99. h. t. und nicht zugleich auf den §. 100. verwiesen worden, folgt daß nur der §. 99. nicht aber der §. 100. auf Privatflüsse für anwendbar erachtet ist, und daß man den §. 99. in Verbindung mit der allgemeinen Bestimmung im §. 10. des Vorfluths-Gd. für genügend gehalten hat, um das Interesse der Nachbarn vor Nachtheilen zu sichern. Noch deutlicher ergiebt sich dies aus dem §. 19. des Abschiedes v. 31. Dec. 1929. auf welchen ausdrücklich verwiesen wird.

Es wird hiernächst noch gezeigt, daß die §§. 99 und 100 h. t. im Wesentlichen die Grundsätze des gemeinen Rechts beibehalten, und eben so, wie dieses, unter Privatflüssen und künstlich angelegten Gräben unterscheiden, und nur bei letzteren dem Grundeigenthümer der Regel nach die Verbindlichkeit auferlegt haben, die Reinigung derselben zu besorgen, um dem Wasser dadurch den gewöhnlichen Ablauf zu verschaffen. (Entsch. Bd. 10. S. 245., Justizmin. Bl. 1844. S. 199.)

§§. 102—117. 1) Kein unterhalb liegender Grundbesitzer ist schuldig auf eigene Kosten dem oberhalb liegenden Grundbesitzer Vorfluth zu verschaffen. Denn wenn gleich der §. 103 h. t. an unterhalb liegende Grundbesitzer zur Verschaffung der Vorfluth verpflichtet, so ergeben doch die §§. 107 sqq. h. t., daß dies nur auf Kosten desjenigen, welcher die Vorfluth verlangt, zu geschehen braucht, und es folgt dies auch aus dem allgemeinen Grundsatze, daß Niemand auf Kosten eines Anderen oder mit dessen Schaden die Einräumung eines Vortheils verlangen kann.
(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 30. Sept. 1842., Koch Arch. Bd. 5. S. 131.)

2) Ueber Vorfluth gilt in Schlesien keine Provinzial-Verordnung, sondern das A. L. R. Denn das Ed. v. 6. Juli 1773 wegen zu verschaffender Vorfluth rc. ist ein allgemeines Landesgesetz, welches auch für Schlesien Anwendbarkeit erhalten hat, und an dessen Stelle, nach §. II. des Publikat. Pat. v. 5. Febr. 1794., das A. L. R. für diese Materie getreten ist.
(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 30. Sept. 1842., Koch, Arch., Bd. 5. S. 131.)

3) Koch führt aus, daß der §. 15 des Vorfluth-Ed. v. 15. Nov. 1811 sich wörtlich auf vorhandenes stehendes Gewässer beziehe, daß von Regenwasser darin keine Rede sei, im Gegentheil weiterhin die Trockenlegung einer bewässerten Fläche vorausgesetzt werde, und hiernach die Gestattung der Vorfluth für Regenwasser eben so, wie die Bestellung einer nothwendigen Servitut behandelt werden müsse. (Recht der Forder., Bd. 3. S. 117.)

§. 118. Das Geh. Ob. Trib. folgert (in dem Erk. v. 17. Jan. 1844) aus dem §. 118 h. t., daß, wenn ein Privatweg ein Grundstück durchschneidet, die gesetzliche Vermuthung dafür spreche, daß der Weg Eigenthum desjenigen sei, welchem das Eigenthum dieses Grundstückes zusteht. (Ulrich Bd. 10. S. 57.)

Sommer hält diese Folgerung für unrichtig und nimmt an, daß über das Eigenthum solcher Wege das Ortsherkommen entscheiden müsse. (a. a. O. S. 53.)

§. 125. Sind zu den im §. 125 h. t. erwähnten „schädlichen Anlagen" auch bewegliche Anlagen zu verstehen, wenn sie zu dauernden Zwecken gemacht sind?

Es bejahen das St. G. zu Königsberg (in dem Erk. v. 1. Dec. 1840), das Trib. das. (in dem Erk. v. 15. Juni 1842) und das Geh. Ob. Trib. (in dem Erk. v. 29. April 1843.)

Denn wenn gleich der §. 125 h. t. nicht extensiv interpretirt werden dürfe, so sei doch die ratio legis, die Gebäude gegen jede Art solcher Beschädigungen zu schützen, welche ihnen aus der unbeschränkten Benutzung der Freiheit des Nachbars erwachsen können, wofür auch spreche, daß es beim Festhalten an dem bloßen Worte Anlagen, in der Bedeutung einer mit dem Boden verbundenen baulichen Vorrichtung, an einer Gesetzesvorschrift für Fälle der Art, wo bewegliche Anlagen gemacht werden, ganz fehlen würde. Mit Rücksicht auf §. 49 der Einl. zum A. L. R. sei daher auf letztere der §. 125 h. t. analogisch anzuwenden, welchem somit überhaupt jede schädliche Anlage unterliege. (Entscheid. Bd. 9. S. 192.)

§§. 133—136. Dr. C. Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern. Nach Röm. Rechte dargestellt. Bremen 1843. 8.

§§. 137—147. Jahn (St. G. Dir.), Entscheidungen und Bemerkungen über Baustreitigkeiten. (Centralbl. 1837. S. 998 ff.)

§§. 138. Was ist im §. 138 h. t. unter den Worten: „wo es die Umstände gestatten" zu verstehen?

Das Geh. Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) führt aus, daß der Sinn nicht dahin gehe, daß hiernach der Eigenthümer seinen Fenstern alsdann die vorgeschriebene Höhe geben solle, „wenn ihm die Umstände es gestatten," d. h. wenn er es ohne Nachtheil für sich thun

könne. Denn wenn der §. 138 h. t. diesen Sinn hätte, so würde die Vorschrift ganz ohne rechtliche Bedeutung und deren Befolgung lediglich von dem Belieben des Eigenthümers abhängig sein. (Ulrich Bd. 10. S. 74.)

§§. **139** und **140**. 1) Findet die Bestimmung des §. 139 h. t. auch in den Fällen Anwendung, wenn an die Stelle eines eingegangenen Gebäudes ein neues wieder aufgebauet wird?

Das O. L. G. zu Münster (Datum des Erk. konstirt nicht) verneint; denn nur bei bereits vorhandenen Gebäuden, welchen nach des Nachbars Grunde Licht verschafft werden solle, könnten Umstände obwalten, welche die Ausführung des Anlegens der Fenster in der gesetzmäßigen Höhe vom Boden der Gelasse nicht gestatteten. (Ulrich Bd. 10. S. 68.)

2) Muß der Bauende von einer Gartenmauer drei oder nur anderthalb Werkschuhe zurücktreten?

Die Erk. (Gerichtshöfe und Data konstiren nicht) bei Ulrich Bd. 10. S. 62 ff. bemerken, daß dies von der Auslegung des Ausdrucks: „Gebäude" im §. 139 h. t. abhänge, worunter hier (wo der Ausdruck im engeren Sinne verstanden werde) nur solche Bauanlagen zu verstehen, die zur Wohnung oder Aufbewahrung von Gegenständen dienen.

3) Das Erk. (Gerichtshof und Datum konstiren nicht) bei Ulrich Bd. 10. S. 65. nimmt an, daß die Entfernung stets vom Gebäude an berechnet werden müsse, und daß daher der Raum innerhalb des Traufenfalls dabei nicht mit in Betracht kommen dürfe.

4) Die Vorschriften der §§. 139 und 140 h. t. kommen da, wo Lübisches Recht gilt, nicht zur Anwendung. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 27. Sept. 1844., Entsch. Bd. 10. S. 236.)

§§. **159—161**. 1) Das Erk. (Gerichtshof und Datum konstiren nicht) bei Ulrich Bd. 10. S. 64. nimmt an, daß keine Präsumtion dafür spreche, daß eine Mauer das Eigenthum desjenigen sei, nach dessen Seite hin die rauhe Seite derselben liegt. Denn der §. 159 h. t. lasse solches nur von Vertiefungen oder sogenannten Blenden gelten.

2) Findet die aus dem Vorhandensein von Blenden in einer Scheidemauer abgeleitete Vermuthung des Eigenthums derselben in den §§. 159—161 h. t. auch auf Scheidemauern zwischen Gebäuden Anwendung?

Der II. Sen. des O. L. G. zu Naumburg verneint (in dem Erk. v. 19. April 1842) und will die alleg. Vorschriften nur auf Scheidemauern im Freien, zwischen Höfen und Gärten, und in der Feldflur, bezogen wissen. (Entscheid. Bd. 9. S. 204.)

Das Geh. Ob. Trib. dagegen bejahet (in dem Erk. v. 20. Mai 1843.). Die §§. cit. handelten nämlich lediglich die beiden Fälle ab, daß entweder Blenden in der Scheidewand, es sei auf einer, oder auf beiden Seiten, vorhanden sind, oder daß die Mauer gar keine Blenden habe. Nur dann sei dieselbe für gemeinschaftlich zu erachten, wenn Blenden auf beiden Seiten, oder wenn gar keine vorhanden sind, es sei denn, daß auch in diesem Falle die auf der Mauer liegenden Platten ein Anderes andeuteten. Eine allgemeine Präsumtion für die Gemeinschaftlichkeit einer Scheidemauer lasse sich aus jenen §§. nicht herleiten, vielmehr müsse in jedem einzelnen Falle die spezielle Bauart und Beschaffenheit der Mauer in Betracht kommen. Wenn gleich der §. 159 h. t., seiner Stellung und seinem Zusammenhange nach, von Scheidewänden im Freien handle, so schließe dies doch dessen analoge Anwendung auf das ähnliche Verhältniß einer Scheidewand zweier aneinanderstoßenden Gebäude nicht aus, wofür auch noch die Bestimmung des §. 86. A. L. R. I. 2. spreche. (Entscheid. Bd. 9. S. 206.)

§. **169**. Kann der betheiligte Nachbar, welcher die Errichtung einer Scheidung unter der gesetzlichen Höhe stillschweigend hat geschehen lassen, später noch Erhöhung der Scheidung bis zur gesetzlichen Höhe verlangen?

Grein führt die Affirmative aus; denn der Nachbar habe erwarten dürfen, daß der Scheidung die gesetzliche Höhe gegeben werde, und es stehe ihm die Befugniß hierauf so lange zu, bis der Eigenthümer der Scheidung entweder das Recht, diese in der gegebenen geringen Höhe zu halten, mittelst der Akquisitiv-Verjährung erworben, oder das Recht des Nachbars, Erhöhung der Scheidung zu verlangen, durch 30jährigen Nichtgebrauch erloschen sei. Die

Vorschriften des §. **191** h. t. und §. **43.** A. L. R. I. **22.** ständen nicht entgegen; denn die Erhöhung einer unter der gesetzlichen Höhe errichteten Scheidung sei immer möglich.
(Strein Baurecht, S. 37.)

Neunter Titel.

Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt, und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit.

Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 2. S. 3 ff.

Erster Abschnitt.

Von der ursprünglichen Besitznehmung.

Schwabe, Hauptübersicht der Lehre von der Okkupation der herrnlosen Sachen nach römisch-deutschen Rechten. 4. Rudolstadt. 1807.
Bornemann, System (2. Ausg. Bd. 2. S. 7 ff.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. 1. S. 414 ff.

Zweiter Abschnitt.

Von der Besitznehmung verlassener und verlorener Sachen.

§§. **14** sqq. Koch bemerkt, daß das (ad h. l. abgedr.) R. v. **28.** Mai **1830.** und das dabei befindliche Gutachten des Revisors ganz mit Unrecht solche Sachen, welche von unbekannten Reisenden, die aus Furcht vor Strafe oder Weitläuftigkeiten wegen Legitimationsmangels ꝛc. entweichen, zurückgelassen worden, für derelinquirte erachte, welche okkupirt werden könnten. Er ist der Meinung, daß dergleichen Sachen als das Eigenthum eines Unbekannten ad depositum zu nehmen, und daß der Fiskus kein Recht darauf habe. Denn wenn die Eigenthümer volle Freiheit und Gelegenheit hätten, ihre Sachen zu nehmen, so würden sie gar nicht daran denken, sie aufzugeben. (Lehrb. des Preuß. Priv. R., Bd. 1. S. 416. Note 11.)

§§. **19—73.** Bornemann, System (2. Ausg.), Bd. 2. S. 13 ff.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. 1. S. 416 ff.
Köchling (St. G. Rath), Sancho Panza der ehrliche Finder. Rechtsfall nach Miguel Cervantes de Saavedra mitgetheilt. (Ulrich Bd. 11. S. 96.) (Eine Kritik der Vorschriften des A. L. R. über das Finden.)

§. **70.** Was ist im §. 70 h. t. unter dem Ausdrucke: „Belohnung" zu verstehen?

Koch will den Ausdruck nicht auf den Fall beschränken, daß der Verlierer sich meldet und ausweiset, weil Jeder überhaupt eine verlorene Sache als eine fremde ansehen und entweder liegen lassen oder abliefern müsse, weshalb das Röm. Recht (**L. 43. §. 4. D.** de furtis) einen solchen, der eine verlorene Sache nimmt und heimlich für sich behält, ganz richtig überhaupt als Dieb behandle. Das Marginale laute auch allgemein: „Verlust des Fundrechts" und die §§. **102** und **103** h. t. sprächen, in Anwendung derselben Bestimmung auf Schätze, dem Verheimlicher ebenfalls das Recht auf den Schatz ab.
(Lehrb. des Preuß. Privatrechts, Bd. 1. S. 417. Note 17.)

§. **73.** Welcher Richter ist im §. 73 h. t. gemeint?

Der Crim.- und II. Sen. des O. L. G. zu Glogau (Data der Urtel konstiren nicht) nehmen an, daß der hier vorausgesetzte Richter nur der Civilrichter sein könne. Das Läugnen eines Fundes bei der deshalb eingeleiteten Criminal-Untersuchung können kein Verbrechen

mehr konstituiren. Das Verbrechen bleibe nach eingeleitetem Skrutinium, was es war, und könne durch das Läugnen des Inkulpaten seine Natur nicht verändern. Gestehe letzterer die Wahrheit nicht, so treffe ihn nach der Ueberführung nur ein höheres Strafmaaß.
(Jur. W. 1845. S. 431.)

Dritter Abschnitt.

Von gefundenen Schätzen.

Bornemann's, System (2. Ausg.) Bd. 2. S, 19 ff.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. 1. S. 418 ff.

§. 74. 1) Koch nimmt an, daß der im §. 74 h. t. gebrauchte Ausdruck: „unbekannt" nur das Kennzeichen der Unerforschlichkeit des Eigenthümers bezeichnen solle.
(Lehrb. Bd. 1. S. 418.)

2) Bornemann modifizirt seine frühere Definition des Schatzes dahin, daß es auf eine gewisse Dauer der Deposition nicht ankomme. (a. a. O. S. 19.)

§. 85. Prov. R. für Westpreußen, §. 1. (G. S. 1844. S. 105.)

§. 102. Koch nimmt an, daß die Unterlassung der Anzeige, im Falle des §. 102 h. t., den Verlust des Finder-Antheils an den Fiskus zur Folge habe. Denn der Eigenthümer habe nicht mehr, als die Hälfte zu fordern, und kein Privatmann könne das erhalten, was ein Anderer zur Strafe verliere, sondern dies ziehe allemal der Fiskus. (Lehrb. Bd. 1. S. 419.)

Vierter Abschnitt.

Vom Thierfange.

Bornemann's System (2. Ausg.), Bd. 2. S. 9 ff.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. 1. S. 420.
Reinhard (O. L. G. Ass.), Beitrag zur Lehre von der Jagdgerechtigkeit. (Ulrich Bd. 10. S. 1 ff.)

§§. 130 u. 137. Westpreuß. Provinz. Recht §. 2. (G. S. 1845. S. 105.)

§§. 159—169. Reinhard (O. L. G. Ass.) ist der Ansicht, daß die Koppeljagd als mit der Gesammtjagd, die Mitjagd als mit der Beijagd durchaus identisch zu denken sei. Hierfür sprächen die beiden Rubra zu §§. 159 und 165. vergl. mit §. 166 h. t., und der Umstand, daß im Register unter dem Worte „Jagd" ebenfalls nur „Koppel- und Mitjagd" erwähnt seien. Hiernach müsse sowohl die Kopula „und" im §. 165 h. t., als die Partikel „oder" im §. 166 h. t. im deklarativen Sinne gefaßt werden. Was aber das Wesen der Koppel- und Mitjagd anbelange, so ergäben die §§. 161—163 h. t., daß die Letztere ein durch ungleichartige Konkurrenz beschränktes Recht sei, woraus folge, daß der Mitjagdberechtigte sein ungleichartiges Recht nicht in Gemeinschaft mit dem in anderer Weise Berechtigten geltend zu machen habe. (Ulrich Bd. 10. S. 14.)

§§. 170—192. Beitrag zur Lehre vom Wasserrechte. (Jur. W. 1845. S. 8 ff.)

Fünfter Abschnitt.

Von der Beute.

Pfeiffer, das Recht der Kriegseroberung, in Beziehung auf Staats-Kapitalien. Cassel. 1823.
Bornemann's System (2. Ausg.), Bd. 2. S. 25 ff.
Koch, Lehrb. des Preuß. Privatrechts, Bd. 1. S. 421 ff.

§§. 199 sqq. Koch ist ebenfalls der Ansicht, daß in dem R. v. 6. Mai 1808 das Rechtsverhältniß ganz verkannt sei und nimmt an, daß der vorige Eigenthümer die freigewordenen Sachen von Jedem vindiciren könne, jedoch dem Besitzer die auf die Erwerbung verwendeten

Kosten ohne Unterschied, ob ihm die Eigenschaft der Sache bekannt war oder nicht, erstatten müsse. (Lehrb. Bd. 1. S. 422.)

Anh. §. 7. Löwenberg's Materialien, S. 24 und 114.

Anh. §. 8. Vergl. ebendas., S. 24, 25 und 114.

Sechster Abschnitt.

Von der Erwerbung der An- und Zuwüchse.

Bornemann's System (2. Ausg.), Bd. 2. S. 28 ff.

Koch, Lehrb. des Preuß. Privatrechts, Bd. 1. S. 422 ff.

§. 244. Westpreuß. Prov. Recht, §. 4. (G. S. 1845. S. 105.)

§§. 285 sqq. Die auf Rainen, Wegen und Uferrändern wachsenden Bäume und Gesträuche gehören, nach Schlesischem Provinz. Rechte, vermöge Auenrechtes, ausschließlich den Gutsherrschaften.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 9. Mai 1829 u. 21. Mai 1841., Koch Schl. Arch. Bd. 5. S. 64 ff.)

§. 327. Wie ist der im §. 327 h. t. gebrauchte Ausdruck: „ein für sich bestehendes Gebäude" zu verstehen?

Das O. L. G. zu Münster (Datum des Erk. fehlt nicht) führt aus, daß der Ausdruck ganz allgemein sei und jede Bauanlage begreife, welche als solche für sich und als unverbunden mit einem bereits vorhandenen Gebäude besteht, mithin auch eine freistehende Mauer.

(Ulrich Bd. 10. S. 60.)

§. 342. Ist unter der im §. 342 h. t. bezeichneten wahren Gränzlinie die im §. 139. A. L. R. I. 8. vorgeschriebene Baulinie von resp. 3 und $1\frac{1}{2}$ Werkschuhen, oder Eigenthumsgränze zu verstehen?

Der Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 18. April 1843 nimmt Letzteres an.

Dies sei nach dem Wortsinne unzweifelhaft, und nur die Vergleichung der Vorschrift des §. 342 h. t. mit denjenigen der §§. 139 und 140. A. L. R. I. 8. könne hierüber Bedenken erregen. Allein der §. 342 h. t. habe nur den Fall vor Augen, wenn ein Bau an der Gränze, wo noch keine Gebäude stehen und keine Beschränkung durch die Hoflage des Nachbars entgegentritt, also auf einem noch unbebauten Raume, unternommen wird, wogegen in den §§. 139 und 140. A. L. R. I. 8. von dem Falle eines neu zu errichtenden Gebäudes, im Verhältniß zu einem schon dastehenden älteren Gebäude des Nachbars die Rede ist. Dies sei zwar auch ein Bau an der Gränze, allein eben der Gebäude-Berührung wegen, in einem besonderen Verhältnisse. Der §. 342 h. t. gehöre der Lehre von Akcessionen an und besage in dieser Stelle nur:

daß der, welcher mit einem Bau an der Gränze die wahre Gränzlinie seines Eigenthums überschritten habe, den überbauten Grund und Boden seines Nachbars (unter den vorausgesetzten Umständen jenes §.) durch Akcession nicht akquiriren könne, sondern jedenfalls auf seine Gränze, auf die natürliche Eigenthumsgränze, zurücktreten müsse.

Wenn es sich dagegen frage:

ob der Bauende allemal und nothwendig auf die Baulinie zurücktreten müsse und ob insonderheit der angränzende Eigenthümer des älteren Gebäudes, auch wenn er den polizeiwidrigen Bau gewußt und ihn nicht gehindert hat, befugt ist, die Einrückung des Neubaues auf die Baulinie zu verlangen?

so sei dies aus den Grundsätzen des Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. vom Eigenthum, in deren Mitte sich die §§. 139 und 140 befinden, zu verneinen. Die Einschränkungen des Eigenthums zum Besten der Nachbarn, wozu die der §§. 139 und 140 l. c. gehören, hörten vermittelst verbindlicher Willenserklärungen der Betheiligten auf (§. 191. ib.) und seien aus dem Gesichtspunkte der Grundgerechtigkeiten (A. L. R. I. 22. §. 1.) zu beurtheilen, könnten mithin auf die im A. L. R. I. 22. §. 43. erwähnte Art verloren gehen. Lasse der Nachbar den Bau wissentlich über die gesetzliche Normallinie geschehen, so sei er als stillschweigend genehmi-

gend anzusehen, und es gehe demnach sein Recht verloren. Uebrigens sei auch ein Gesetz, welches eine lästige Eigenthumsbeschränkung verordne, restriktiv zu interpretiren.
(Entsch. Bd. 9. S. 3., Justizmin. Bl. 1843. S. 192., Jur. W. 1843. S. 559.)

Achter Abschnitt.

Von Erwerbung der Erbschaften.

Bornemann's System (2. Ausg.), Bd. 6. S. 1—13. und S. 284—328.

§§. 394. 396. 427. Wenn einer Erbschaft unter Bedingung entsagt worden ist, so wird die Entsagung selbst, und nicht blos die beigefügte Bedingung, für nicht geschehen erachtet und die bedingt geschehene Entsagung erlangt dadurch keine Gültigkeit, daß sie zu Gunsten eines Miterben erfolgt ist. Dies zeigt der Zusammenhang der §§. 394 und 396 h. t. und die im §. 396 h. t. enthaltene Bezugnahme auf den §. 427 h. t.
(Erk. des Geh. Ob. Trib. vom 1. November 1842, Entscheid. Bd. 8. S. 245.)
Bornemann tritt dieser Ansicht bei. (System, [2. Ausg.] Bd. 6. S. 295.)

§. 410 und Anh. §. 9. 1) Vergl. Löwenberg's Materialien, Bd. 2. S. 25 und 114.

2) Ist der Fiskus, welchem eine herrenlose Erbschaft anheimfällt, als Erbe anzusehen und der Erbschaft zu entsagen befugt?

Gegen die verneinende Ansicht des (nicht näher bezeichneten) Appellationsrichters, welche sich darauf gründet, daß dem Fiskus eine vakante Erbschaft nicht anfalle, sondern anheim falle und hinter ihm Niemand vorhanden sei, an den sie eventuell gelangen könnte, wird die Affirmative von dem Geh. Ob. Trib. (in dem Erk. vom 26. Juli 1841) angenommen. Dies wird aus den Vorschriften des A.L.R. II. 16. §§. 4, 20, 25 und §§. 406 und 409 h. t., sowie des §. 9 des Anh. und dessen Quelle, dem R. v. 20. Oktober 1794, hergeleitet.
(Entscheid. Bd. 7. S. 155 ff.)

Der letzteren Ansicht sind auch:
a) Witte. (Preuß. Intestaterbrecht, S. 158 ff.)
b) Bielitz. (Komment. Bd. 8. S. 119.)

§§. 413—415. 1) Ist die für die unbedingte Erbschaftsantretung vorgeschriebene Form ein Erforderniß zur Gültigkeit, oder dient dieselbe nur zur Beglaubigung?

Der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau nimmt (in dem Erk. v. 8. Novbr. 1838) Ersteres an. Denn der §. 415 h. t. verweise nur auf die §§. 398 und 399 h. t., nicht aber mit auf den §. 400 h. t., und es sei daher schon nach der Worterklärung des §. 415 h. t. unzuläßig, diese für Erbschaftsentsagungen gegebene Vorschrift auf den unbedingten Antritt einer Erbschaft zu beziehen. Auch eine analoge Anwendung des §. 400 h. t. auf den unbedingten Erbschaftsantritt sei unzuläßig; denn eine Entsagung einer Erbschaft sei nichts als eine Entsagung auf Rechte, die im Allgemeinen an keine bestimmte Form gebunden sei (A. L. R. I. 16. §§. 381, 387.), wogegen die unbedingte Antretung einer Erbschaft eine Uebernahme fremder Verbindlichkeiten enthalte, die stets eine bestimmte Form der Erklärung erfordere. (A. L. R. I. 14. §§. 203, 400.)

Dagegen ist das Geh. Ob. Trib. (in dem Erk. v. 30. Okt. 1840) der letztern Ansicht; denn die Tendenz des Gesetzes gehe, wie der §. 400 h. t. ergebe, bei dieser Form nur dahin, daß das Gericht, bei welchem eine solche Erklärung eingeht, die Gewißheit erlangen solle, daß der Erbe dieselbe abgegeben habe und dieselbe seinem Willen gemäß sei. Auf diese Gewißheit komme es daher allein an. (Koch, Schles. Archiv Bd. 5. S. 335 ff.)

2) Ist zur Gültigkeit des Erbschaftsantritts ohne Vorbehalt bei Frauenspersonen die bei Intercessionen vorgeschriebene Certioration erforderlich?

a) Das Geh. Ob. Trib. verneint (in dem Erk. vom 30. Oktober 1840), weil hier keine Uebernahme fremder Verbindlichkeiten für den Fall, daß der eigentliche Schuldner solche nicht erfülle, vorliege. (Koch, Schles. Archiv, Bd. 5. S. 348.)

b) **Bornemann** ist derselben Ansicht, da das Gesetz hier keinen Unterschied gemacht habe, und da nicht Verbindlichkeiten eines Dritten übernommen werden, sondern nur ein Komplex von Rechten mit den davon unzertrennlichen Verbindlichkeiten übergehe.
(System, 2. Ausg. Bd. 6. S. 300.)

§§. **418. 429.** Muß ein Erbe, der ausdrücklich mit Vorbehalt angetreten, aber die Inventur versäumt hat, auch den Legatarien über die Kräfte der Erbschaft gerecht werden?
Das Geh. Ob.-Trib. nimmt (in dem Erk. v. 8. Aug. **1842**) die Affirmative an. Gegen die Anwendung des §. **418** h. t. auf Legate spreche zwar, daß der Erbe allerdings als gemeiner Nachfolger des Verstorbenen alle Schulden desselben nöthigenfalls aus eigenen Mitteln zu zahlen habe, welcher Grund der Verpflichtung bei Legaten, als freiwilligen einseitigen Versprechungen des Erblassers, nicht eintrete, da dieselben keine Forderungen an den Erblasser im eigentlichen Sinne seien, wie denn auch der §. **56.** A. G. O. I. **51** sich nur des Ausdrucks: „Erbschaftsgläubiger" bediene. Das Recht auf Legate entspringe aus derselben Quelle, wie das Recht des Erben selbst, und hieraus würde gefolgert werden können, daß Legatarien niemals härter gegen den Erben verfahren dürften, als Miterben unter einander, wofür auch einzelne Gesetze, wie §. **481.** Tit. **50.** Thl. I. der A. G. O. und die §§. **334, 352, 366.** Tit. **12.** Thl. I des A. L. R., zu sprechen scheinen; allein das Gegentheil ergäben die Vorschriften des §. **429** h. t. und die §§. **296** und **297** des A. L. R. I. **12.** (Ulrich, Bd. 9. S. 219.)

§§. **418, 422, 444, 452, 455.** Ueber die Frage, welche Wirkungen die Erklärung des Benefizialerben nach eröffnetem erbschaftlichen Liquidationsprozesse, nunmehr die Masse übernehmen und der Nachlaßgläubiger befriedigen zu wollen, hat? vergl. Zus. zur A. G. O. I. **51.** §§. **77—79, 85, 91** und **92.**

§§. **423—433.** **1)** Ueber den durch das C. R. v. **23.** Dec. **1839** mitgetheilten Gesetzentwurf wegen Abänderung der Vorschriften über den Verlust des beneficii inventarii vergl.:
a) Abhandlung von Piners. (Ulrich, Bd. 9. S. 173 ff.)
b) Abhandlung von Rören (O. L. G. Ass.) (Ulrich, Bd. 9. S. 517 ff.)
c) Ueber den Verlust der Rechtswohlthat des Inventarii. (Ulrich, Bd. 10. S. 27 ff.)
2) Vergl. die V. vom **28.** März **1840**, betreffend die Befugniß des Beneficialerben. (s. zu §§. **447—451** h. t.)

§. **423.** **1)** Muß das Inventarium in foro hereditatis niedergelegt werden?
Bornemann bemerkt, gegen v. **Daniels**, daß der §. **436** h. t. dem Erben die Wahl lasse, ob er die gerichtliche Inventur extrahiren oder das Inventarium selbst aufnehmen wolle. Es komme übrigens hierauf gar nicht an. Der Zweck der Einreichung des Inventariums sei Verhütung der Verdunkelung der Masse; der Zweck der gerichtlichen Einreichung sei Konstatirung der Einhaltung der gesetzlichen Frist. Beide Zwecke würden durch die Niederlegung bei jedem Gerichte erreicht. An ein an sich so unbedeutendes Formale die Nichtigkeit der ganzen Verhandlung knüpfen zu wollen, widerspreche dem allgemeinen Princip des A. L. R., namentlich auch nach §. **393** h. t., und es folge hieraus nur, daß der inkompetente Richter das ihm eingereichte Inventarium an den kompetenten abgeben müsse.
(System, 2. Ausg., Bd. 6. S. 304.)

2) Die von dem Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. **13.** Aug. **1836**[1]) bejahend entschiedene Frage: ob ein Erbe, welcher sich die Rechtswohlthat des Inventars erhalten will, auch in dem Falle, daß sein Erblasser nichts hinterlassen, ein in gesetzmäßiger Form aufgenommenes Inventarium binnen der gesetzlichen Frist gerichtlich niederlegen müsse? ist von dem Ob. Appell.-Gerichte des Königreichs Baiern zu München durch dessen Plenarbeschl. v. **4.** Dec. **1844** verneint worden. Die Motive sind folgende:
a) der §. **419** h. t. habe in Bezug auf den, welcher die Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen und nach §. **418** h. t. für alle daran zu machende Forderungen haften müsse, nur den Einwand verworfen, daß die Schulden das Aktivvermögen übersteigen, ohne dabei auszu-

---

[1]) Vergl. Zus. **3** ad h. l.

sprechen, daß eine gleiche Haftung auch da statt habe, wo der Verstorbene gar kein Aktivvermögen hinterlassen.

b) In einem solchen Falle mangele es an dem gesetzlichen Begriffe einer Erbschaft, und es könnten folglich auch die Bestimmungen über die Verbindlichkeit der Erben zur Erklärung über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft und zur Vorlage eines Inventars nicht zur Anwendung kommen.

Der §. 350 h. t. spreche, im Einklange mit §. 36 A. L. R. I. 2, nur aus, daß die Schulden des Verstorbenen da, wo solche zufällig vorhanden, ebenfalls den Bestandtheilen der Verlassenschaft beizuzählen und auf dem Nachlasse haften, nicht aber, daß schon Pflichten, ohne Sachen und Rechte, eine Erbschaft bilden. Dem stehe auch entgegen, daß das A. L. R. von einem Eigenthum der Erbschaft spreche, was offenbar auf Verlassenschafts-Schulden nicht passe (§§. 386, 382 h. t., §. 2. I. 8), und daß dasselbe an mehreren Stellen das Vorhandensein eines positiven Faktors in dem Begriffe einer Erbschaft voraussetze (§§. 383, 434, 481 h. t.).

c) Da der Erbe nur deshalb in die Pflichten des Erblassers eintrete, weil er auch dessen Rechte überkomme, so fehle es an jeder Veranlassung, die gesetzlichen Bestimmungen, welche nur für den Fall, wo eine Erbschaft wirklich vorhanden und angefallen, auf einen Andern, wo diese Voraussetzungen fehlen, auszudehnen, zumal wenn man erwäge, daß Fiktionen ebenso, wie Rechtsnachtheile, als Folgen von Versäumnissen, nur Kraft ausdrücklich darauf gerichteter gesetzlicher Bestimmungen einzutreten haben.

(Regier. Bl. für das Königreich Baiern, Jahrg. 1844. S. 1205. Nr. 60, Koch Schles. Arch. Bd. 6. S. 173.)

3) Hat die Verabsäumung des in der A. G. O. II. 5. §. 53. für Nachlaß-Inventarien vorgeschriebenen Formulars, insbesondere der Rubriken I, II, III, XX und XXI, den Verlust der Rechtswohlthat des Inventariums zur Folge?

Das Geh. Ob. Trib. hat (in Uebereinstimmung mit seiner früheren Entscheidung vom 13. August 1836[1]) die Affirmative in dem (das Erk. des Civil-Sen. des O. L. G. zu Arnsberg v. 28. Aug. 1841 in der Nichtigkeits-Instanz aufhebenden) Erk. v. 8. Aug. 1842 angenommen. (Ulrich, Bd. 9. S. 213.)

Allein in neuerer Zeit haben die verneinende Ansicht gründlich entwickelt:

a) Rören (O. L. G. Ass.) in der Abhandlung über die nothwendige Form des Erbschafts-Inventariums. (Ulrich. Bd. 10. S. 559.)

b) Schadenberg (L. und St. G. Rath). (Jur. W. 1844. S. 477.)

Für diese Ansicht hat sich hiernächst auch das Geh. Ob. Trib. durch den Plenarbeschluß v. 28. Febr. 1845 entschieden. In den Gründen des letzteren wird davon ausgegangen, daß die Vorschriften der A. G. O. II. 5. §. 53 und §. 438 h. t. zwar als formelle Anweisung verpflichtende Kraft haben, aber eben so wenig, als irgend eine andere direkte Gesetzesvorschrift, ausdrücklich entscheiden, daß ihre Verabsäumung den Verlust des benef. invent. zur Folge haben solle. Die §§. 434 und 435 h. t. erforderten zwar möglichste materielle Vollständigkeit des Verzeichnisses, allein die Annahme, daß diese identisch sei mit der formularmäßigen Anzahl der Rubriken rechtfertige sich weder aus den Worten des Gesetzes, noch aus der Natur der Sache. Der §. 423 h. t. erfordere nur materielle Vollständigkeit, nicht aber Vollzähligkeit der Rubriken. Der §. 438 h. t. beschäftige sich mit dem Formular. Wäre beabsichtiget worden, an den Mangel der Formularmäßigkeit den Verlust der Rechtswohlthat zu knüpfen, so würde im §. 439 h. t. auf den §. 438 h. t. verwiesen sein. Die Auslassung des §. 438 h. t. unter den gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernissen des §. 439 h. t. liefere das unzweideutigste Zeugniß über die Absicht des Gesetzgebers. Das im §. 427 h. t. erwähnte nicht gehörige Einbringen könne nur den Mangel wesentlicher Requisite bedeuten, und welche dies seien, erhelle aus §. 439 h. t. Auch das Bedürfniß und der Grund des Gesetzes stehe der älteren Meinung nicht zur Seite. Denn die formularmäßige Rubricirung

---

[1]) Vergl. Zus. 3. ad h. l.

gewähre keine genügende Grundlage für die Vollständigkeit des Inventariums, und sei nicht geeignet, eine Grundlage für die Beurtheilung des im §. 439 h. t. vorgeschriebenen Erforderniſſes darzubieten. Werde von den Gläubigern des Erblaſſers behauptet, daß ein eingereichtes Inventarium so mangelhaft sei, daß der Erbe des benef. invent. verlustig gehe, so müßten sie darthun:

a) daß die Beschaffenheit des Nachlaſſes eine andere sei, wie ihn das Inventar darstellt, und

b) daß wegen der Mängel des Inventars die Ausmittelung der wesentlichen Beschaffenheit des Nachlaſſes unmöglich werde.

Gegen diese Beeinträchtigung sollten die Gläubiger geschützt werden; wo eine solche erweislich nicht eingetreten sei, da könne ein Präjudiz nicht eintreten, welches, ohne den mindesten Rechtsanspruch, den Gläubigern Vortheile zuweise, und zu ihren Gunsten einen juristisch ganz schuldlosen Erben um sein ganzes Vermögen bringen könne. Ueberdies sei der Nachweis völlig unmöglich, daß die Ausmittelung des Nachlaſſes nur dann stattfinden könne, wenn das Inventarium mit den vorgeschriebenen Rubriken versehen sei.

(Justimin. Bl. 1845. S. 103., Entscheid. Bd. 10. S. 273.)

§§. **443, 444, 452—454.** Die Verpflichtung zur Rechenschafts-Ablegung erstreckt sich, auch für den einzelnen unter mehreren Benefizialerben, über den ganzen Nachlaß, und nicht bloß über seine Erbportion. Denn in den §§. 443, 444, 452 — 454 h. t. ist überall von dem Nachlaſſe die Rede, über welchen Rechnung gelegt und welcher zur Befriedigung der Gläubiger in der von dem Gesetze vorgeschriebenen Ordnung verwandt werden soll.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. vom 4. März 1843, Entscheid. Bd. 9. S. 241.)

§§. **447 — 451.** Vergl. die Motive der V. v. 28. März 1840, betreffend die Befugniß des Benefizialerben, in Löwenberg's Beiträgen zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung, Bd. I. S. 52 ff.

Anh. §. **10.** Vergl. Löwenberg's Motive rc. Bd. II. S. 25 und 114.

§§. **471 — 481.** Ueber das Verfahren gegen einen Nachlaß-Kurator, der sich weigert, nach erfolgtem Aufgebote der unbekannten Erben den Diligenzeid zu leisten, vergl. Zus. zur A. G. O. I. 51. §. 146 und Anh. §. 390. (Ergänzung. Bd. 9. S. 332 und 333.)

Anh. §. **11.** Vergl. Löwenberg's Motive rc. Bd. II. S. 25 und 114.

Neunter Abschnitt.

Von der Verjährung.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. II. S. 41 — 123.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. II. S. 700 — 729.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. I. S. 267 — 296.

§§. **506** und **507.** Können gegen die im Eigenthume liegende Befugniß, etwas zu thun oder nicht zu thun, blos Untersagungs- oder auch affirmative Rechte von Anderen durch Verjährung erworben werden?

Das Geh. Ob. Trib. nimmt (in dem Erk. v. 8. Sept. 1843) Ersteres an, wogegen Dr. Sommer indeß bemerkt, daß dies aus dem §. 506 h. t. nicht nothwendig folge. Denn da das Gesetz die Besitzergreifung solcher affirmativen Rechte (A. L. R. I. 7. §. 80), also auch deren Erwerb durch Vertrag oder Verjährung zulaſſe, sie also, wo sie entstanden, das Eigenthum von selbst einschränkten, so habe es im §. 507 h. t. einer besondern Erwähnung dieser Möglichkeit nicht bedurft. Die Materialien (Simon Z. Bd. III. S. 421, 453—457, 468, 471, 505, 512—515, 560) zeigten, daß man nicht daran gedacht, die Verjährung affirmativer Rechte auf fremdes Eigenthum zu verbieten, sondern nur Mißdeutungen der §§. 505 und 506 h. t. zu verhüten. Auch die §§. 11 und 12 A. L. R. I. 22 ständen nicht entgegen.

(Ulrich, Bd. 9. S. 543.)

§. **509.** Der §. 509 h. t. findet auch auf Richterfuhren Anwendung.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. [Datum konstirt nicht], Koch, Schles. Arch., Bd. 5. S. 91.)

§. **531.** Findet die vierjährige Restitution gegen die vollendete Verjährung, wegen eines im Laufe derselben eingetretenen Hindernisses Statt, wenn der Eigenthümer von dem Besitze und Anspruche des Verjährenden unterrichtet, und im Laufe der Verjährung das Hinderniß zu beseitigen im Stande war?

Das Geh. Ob. Trib. hat (in dem Erk. v. **24.** März **1843**) verneint. Dies folge aus den Vorschriften des §. **514** h. t. und der §§. **99** und **104** A.L. R. I. **7.**, welche auf die Kenntniß des Eigenthümers von der Handlung oder Begebenheit offenbar Gewicht legten, und der §. **531** h. t. gehe unverkennbar von der Voraussetzung aus, daß der Eigenthümer von dem gegen ihn zu verjährenden Rechte keine Kenntniß gehabt habe, oder daß er davon zwar unterrichtet, jedoch der Verpachtung oder eines andern Hindernisses wegen nicht im Stande gewesen sei, die Vollendung der Verjährung abzuwenden. Dieses beides, oder eins von beiden sei also die Bedingung der Restitution. (Entscheid. Bd. 8. S. 258.)

§. **535—545.** 1) In Betreff der Frage: mit welchem Tage bei Schuldforderungen, die auf Kündigung lauten, die Verjährung durch Nichtgebrauch beginnt? hat

a) das Geh. Ob. Trib. auch in dem Erk. v. **21.** Nov. **1840** die durch den Plenarbeschluß v. 8. Jan. **1838** (Entscheid. Bd. **3.** S. **165**) aufgestellte Ansicht festgehalten, daß die Verjährung nicht mit dem Tage, wo zuerst gekündigt werden konnte, sondern vielmehr mit dem Ablaufe der von diesem Tage an zu berechnenden Kündigungsfrist ihren Anfang nehme. Denn jedem Rechte müsse eine entsprechende Pflicht gegenüberstehen; die Zeit zu fordern falle für den Einen nicht früher, als die Zeit zu leisten für den Anderen. Nun entspreche aber dem Kündigungsrechte des Gläubigers nicht die Zahlungspflicht des Schuldners, sondern nur dessen Pflicht, die Kündigung anzunehmen. Jene Zahlungsfrist entstehe erst nach Ablauf der vorbehaltenen Kündigungsfrist, und eben dann trete mithin auch erst das Recht des Gläubigers ein, die Zahlung zu fordern. (Entscheid. Bd. 7. S. 203.)

b) Köchling (St. G. Rath) dagegen sucht wieder die Ansicht auszuführen, daß die Verjährung erst dann beginne, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die Kündigungsfrist abgelaufen ist, und stützt sich besonders auf die §§. **516** und **545** h. t., indem er bemerkt, daß zur Zeit des gegebenen Darlehns selbst niemals actio nata sein könne, sondern daß der Tag der Wiedererstattung entweder ein an sich bestimmter Zahlungstag, oder ein solcher sei, welcher bestimmt werde, entweder durch die wirklich geschehene Kündigung, oder durch die von dem Tage der Bekanntmachung oder Behändigung der Kündigung an laufende vertragsmäßige oder gesetzliche Kündigungsfrist. Daher könne, nach §. **545** h. t., erst von diesem Tage an die Verjährung beginnen. (Ulrich, Bd. 10. S. 339 ff.)

c) Grothe sucht ebenfalls, gegen die Ausführung des Geh. Ob. Trib., seine schon früher im Centralbl. **1837** S. **156** ausgesprochene Ansicht zu vertheidigen.
(Koch, Schles. Arch. Bd. 6. S. 113.)

d) Koch bemerkt, daß bei einer auf Kündigung ausstehenden Forderung der Lauf des Nichtgebrauchs von dem Tage anfangen sollte, wo die Kündigung zuerst statthaft war, weil die Kündigung, ihrer Bedeutung nach, eine Mahnung und die Frist eine gesetzliche Anschaffungs- oder Zahlungsfrist sei, die Klage aber zu jeder Zeit, ohne daß vorher die Kündigung abgelaufen, statt finde (A. G. O. I. **28.** §. **16**). Diese Streitfrage sei indeß durch den Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 8. Jan. **1838** erlediget.
(Lehrb. des Preuß. Priv. R., Bd. 1. S. 286, Recht der Ford., Bd. **2.** S. 703, Recens. in Richter's krit. Jahrb., Bd. 7. S. 163., vergl. auch Koch's Schles. Arch. Bd. 6. S. 127. Note *).

2) Ueber das gemeine Recht in Betreff dieser Streitfrage, vergl.:

a) v. Savigny, System des Röm. R., Bd. **5.** S. **282** ff.

b) Köchling (St. G. R.), Abhandlung über die Verjährung der auf Kündigung ausstehenden, insbesondere verzinslichen, Schuldforderungen. (Ulrich, Bd. 10. S. 339—379.)

3) Beitrag zu der Frage, wann nach gemeinem Rechte bei vertragsmäßigen Obligationen die Klageverjährung gegen denjenigen Kontrahenten beginnt, welcher seinerseits den Vertrag nicht erfüllt hat, und daher bei einer Klage die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erwarten konnte? (Jur. W. 1844. S. 730.)

§§. 545 und 562. Nach den Grundsätzen des gemeinen und Sächsischen Rechts wird durch die von dem Besitzer der Hypothek geleistete Zahlung der Zinsen die Klage-Verjährung gegen den Gläubiger, auch in Beziehung auf den persönlichen Schuldner gehemmt und resp. unterbrochen.

(Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 2. Mai 1842, Justizm. Bl. 1842 S. 372, Jur. W. 1843 S. 63, Entscheid. Bd. 8. S. 13.)

§. 546. 1) Zu den Gesetzen wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen.

I. Ueber die Geschichte der Entstehung und die Motive dieser Gesetze vergl.:

a) Dr. Löwenberg's Beiträge zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung, Bd. I. S. 77 ff.

b) Gräff's Archiv für das Preuß. Handels- und Wechselrecht, Bd. I. H. 1. S. 142 ff.

II. Zum G. v. 31. März 1838.

a) Zum §. 1 No. 1. Weichsel (J. R.) bemerkt in Bezug auf die Worte: „welche für die in Bezug auf den Gewerbebetri b ꝛc. — entstanden sind," daß es, nach diesen Worten, darauf ankomme, wozu nach der Bestellung des Empfängers oder den obwaltenden Umständen die Waare oder Leistung bestimmt gewesen sei, nicht aber, worauf sie der Empfänger wirklich verwendet habe. (Centralbl. 1841. S. 253.)

Gräff ist derselben Ansicht. (Archiv, Bd. I. H. 1. S. 148.)

b) Zum §. 1. No. 6. Unterliegen die Forderungen der Fuhrleute nur dann der kürzeren Verjährung von zwei Jahren, wenn der betreffende Fuhrmann das Fuhrwerk als ein Gewerbe betreibt?

Gerken (J. R.) theilt mit, daß mehrere (nicht bezeichnete) Gerichte die Affirmative angenommen, welches er aber für unrichtig hält. Das A. L. R. gebe keine Definition eines Fuhrmannes; man müsse aber darunter denjenigen verstehen, welcher fährt, um Fuhrlohn zu verdienen, ohne daß es darauf ankommen könne, ob er das Fuhrwerk als Gewerbe betreibe oder nicht. Denn:

α) könne man unter einem Fuhrmann, welcher das Fuhrwerk als Gewerbe betreibt, nur einen solchen verstehen, dessen stete Beschäftigung es sei, Kaufmannsgüter ꝛc. an den Ort ihrer Bestimmung zu befördern, und der in dieser Eigenschaft besteuert werde.

Da aber der Verdienst eines solchen Fuhrmanns den Namen Frachtgeld führe, so könne das Gesetz nicht allein einen solchen gemeint haben, da es auch hinsichts des Fuhrlohns eine kürzere Verjährungsfrist festsetze.

β) Es würde sonst die Absicht des Gesetzes, in Betreff solcher Forderungen, welche gleich oder in kurzer Zeit berichtiget zu werden pflegen, der Rechtsunsicherheit vorzubeugen, vereitelt werden. (Ulrich, Bd. 8. S. 544.)

c) Zum §. 2. No. 8. In Betreff der Sportelreste verordnet die K. O. v. 12. April 1844, daß allemal im vierten Jahre des Rückstandes von den Gerichten zu prüfen, ob die nochmalige Einforderung einen Erfolg verspreche, und daß, wenn dies nicht der Fall, die Niederschlagung zu verfügen, hiernächst aber auf die einmal niedergeschlagenen Kosten niemals wieder zurückzugehen.

Das R. v. 9. Mai 1844 bemerkt hierzu, daß die gänzliche Niederschlagung oder nochmalige Einforderung da nicht eintrete, wo die künftige Einzahlung der Sportelreste wahrscheinlich sei, und eine nochmalige Einforderung zur Unterbrechung der Verjährung nicht nothwendig erscheine, wie dies insbesondere der Fall sei:

α) bei allen Kostenresten, zu deren Abtragung Terminal-Zahlungen bewilliget oder die auf bestimmte Zeit, oder bis zur Beendigung der Sache gestundet worden;

β) bei hypothekarisch eingetragenen oder sonst sicher gestellten Kostenresten; und

γ) bei den in Konkursen oder andern Prioritätsverfahren liquidirten Kostenresten.

(Justizm. Bl. 1844. S. 118.)

c) Zum §. 5 u. §. 7. Laufen die kurzen Verjährungsfristen des G. v. 31. März 1838 bis zum Anfang oder bis zum Ende des 31. Dec. des betreffenden Jahres?

Letzteres haben die Kommission für Bag. Sachen und der Civil-Sen. des

O. L. G. zu Arnsberg (in den Erk. v. 10. Sept. und 6. Dec. 1842) angenommen. Denn sonst würde das G. keine Bestimmung für den Fall enthalten, wenn die Forderung erst am 31. Dec. entstanden resp. gestiftet worden, und es würden die am 31. Dec. entstandenen Forderungen, wenn für sie die Verjährungsfrist ebenfalls schon mit Anfang des letzten Dec. beginnen sollte, jedenfalls, da sie erst in der Mitte des Tages oder wohl gar gegen dessen Ablauf entstanden sein könnten, keine volle 2 resp. 4 Jahre durch Schuld des Gläubigers hingestanden haben, wenn sie schon mit Schluß des 30. Dec. im zweiten oder vierten Jahre verjährt sein sollten, was auch dem §. 546 h. t. und der Singularität der Verjährungs-Vorschriften überhaupt, als strictissimae interpretationis, entgegenlaufen würde. (Ulrich Bd. 8. S. 565.)

III. Zur V. v. 15. April 1842. R. v. 28. Juni 1843. Die Verjährung der ausstehenden Gerichtssporteln derjenigen Gerichte, in deren Bezirke das Preuß. Landrecht vom Jahre 1721 gilt, wird erst mit dem Ende des Jahres 1846 vollendet. Dieser Grundsatz gilt auch für andere Gerichte, in deren Bezirke provinzielle oder statutarische Vorschriften neben dem A. L. R. bestanden, welche durch die V. v. 15. April 1842 hinsichts der Verjährungsfristen aufgehoben worden. (Justizmin. Bl. 1843. S. 174.)

2) V. v. 6. Juli 1845 wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen für die Landestheile in welchen noch gemeines Recht gilt. (G. S. 1845. S. 483.)

3) Westpreuß. Prov. R., §. 3. (G. S. 1845. S. 105.)

§§. 551—553. 1) R. v. 23. Febr. 1841. ad 3. Es ist zwar nirgends ausdrücklich angeordnet, daß dem Verklagten von der erfolgten Anmeldung einer Klage, die der Kläger demnächst liegen läßt, Nachricht gegeben werden solle, da es indeß für den Verklagten von Wichtigkeit ist, davon Kenntniß zu erhalten, so ist es angemessen, daß die Gerichte ihn von der erfolgten Anstellung der Klage und der dadurch bewirkten Hemmung der Verjährung benachrichtigen. Diese Benachrichtigung muß auf Kosten des Klägers erfolgen, der dazu die Veranlassung giebt. Es bedarf dazu keiner neuen gesetzlichen Bestimmung. (Justizmin. Bl. 1841. S. 110.)

2) R. v. 20. Juli 1843. Der Westph. Provinz. Landtag vom Jahre 1843 hat den Wunsch ausgesprochen, daß die Gerichte allgemein verpflichtet werden möchten, von erfolgten Klageanmeldungen und der dadurch bewirkten Hemmung der Verjährung den Verklagten jedesmal zu benachrichtigen. Auf Allerhöchsten Befehl werden daher die Gerichtsbehörden in denjenigen Landestheilen, in welchen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, angewiesen, jede nach §§. 551 ff. h. t. zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Klageanmeldung, auch wenn sie keinen Prozeß zur Folge hat, mit der darauf erlassenen Verfügung der Gegenparthei mitzutheilen. (Justizmin. Bl. 1843. S. 204.)

§. 554. Vergl. die Entstehungs-Geschichte und die Motive der Dekl. v. 18. Mai 1839 wegen der Verjährung der bei den vormaligen Reichsgerichten unerledigt gebliebenen Prozesse in Dr. Löwenberg's Beiträgen zur Kenntniß der Motive rc. Bd. I. S. 161 ff.

§. 161. Den in dem Erk. v. 22. April 1839 ausgesprochenen Grundsatz, daß die fünfjährige Frist zur Einforderung der von einem Verwalter zu legenden Rechnung ohne Klageanmeldung durch außergerichtliche Einmahnung unterbrochen werde, hat das Geh. Ob. Trib. (in dem Erk. v. 22. Jan. 1842) neuerdings angenommen, und zugleich ausgeführt, daß vom Tage dieser Einmahnung die fünfjährige Frist, nach deren Ablaufe die Rechnungslegung für stillschweigend erlassen gilt, von Neuem zu laufen anfange. (Koch Schl. Arch. Bd. 5. S. 409.)

Vergl. auch Koch Recht der Ford., Bd. 3. S. 511.

§§. 568 u. 569. 1) Nach gemeinem Rechte ist bei der Klageverjährung, namentlich hinsichts solcher Ansprüche, die auf eine Zahlung oder Leistung gerichtet sind, guter Glaube (bona fides) nicht erforderlich. In Fällen wo die Klageverjährung durch Nichtgebrauch schon vor Publikation des A. L. R. vollendet ist, kann auf die Vorschriften der §§. 568 u. 569 h. t. nicht zurückgegangen werden. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 29. Jan. 1842., Entsch. Bd. 7. S. 257.)

2) Ueber die Eidesdelation zur Führung des im §. 569 h. t. erwähnten Gegenbeweises.

a) Das Justizministerium führt in dem C. R. v. 16. Okt. 1841 aus, daß der zur Widerlegung des Einwandes der Verjährung nach §§. 568 und 569 h. t. anzutretende Gegen-

beweis auf **Thatsachen** gerichtet werden müsse, aus denen der Richter die vollständige Ueberzeugung schöpfen könne, der Verklagte befinde sich wirklich in unredlichem Glauben und habe die Absicht, sich gegen besseres Wissen der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu entziehen, und daß, wenn dieser Beweis durch **Eideszuschiebung** geführt werden solle, der Eid nur über Thatumstände der angegebenen Art, **nicht** aber im Allgemeinen **darüber** angetragen werden könne, daß der Verklagte sich nicht unredlicherweise und nicht gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit der Erfüllung derselben entziehen wolle.

(Justizmin. Bl. 1841. S. 307.)

Das R. v. **19. Juni 1844**, welches unter Bezugnahme hierauf mittheilt, daß die dem G. v. **31. März 1838** voraufgegangenen legislativen Verhandlungen jene Ansicht bestätigten, spricht sich dahin aus:

Bei den Berathungen sind die Fragen:

ob, nach dem Vorgange des Art. 2275. des Franz. Civ. Gesetzb., demjenigen, dem die kürzeren Verjährungen entgegen gesetzt werden, die Befugniß vorbehalten werden soll, dem Gegner über die *nicht erfolgte* Erfüllung den Eid anzutragen, und

ob nicht wenigstens dem Gläubiger gestattet werden soll, dem Schuldner einen Eid darüber zu deferiren, daß er **nicht wisse**, auch nicht glaube, daß die Forderung noch ungetilgt sei?

zur Erörterung gekommen, aber ausdrücklich verneint worden. Man ist darüber einverstanden gewesen, daß an den Bestimmungen der §§. 568, 569, Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. vorläufig nichts zu ändern sei, und daß der nach diesen Vorschriften zu führende Gegenbeweis zwar durch Eidesdelation geführt werden könne, daß aber — wie es in dem dem Gesetze zum Grunde liegenden Gutachten der Justiz-Abth. des Kgl. Staatsraths wörtlich heißt:

„der Gläubiger zum Zwecke des Gegenbeweises nach §. 569 **Thatsachen artikuliren müsse** „**aus welchen hervorgehe**, daß der Schuldner unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner „noch fortwährenden Verbindlichkeit sich deren Erfüllung zu entziehen suche."

Ihr Mandant glaubt den seiner Klage entgegenstehenden Einwand der Verjährung dadurch widerlegen zu können, daß er den Verklagten einen Eid **dahin** anträgt:

daß ihm die fortdauernde Existenz der Forderung sehr wohl bekannt sei, und daß derselbe seine Schuld weder durch Zahlung, Kompensation, Vergleich oder auf irgend eine andere gesetzliche Weise getilgt habe.

Nach den so eben entwickelten Grundsätzen erscheint eine solche Eidesdelation eben so wenig statthaft, als genügend, den Beweissatz, auf den es nach §. 569 a. a. O. ankommt, zu erbringen.

Sie erscheint nicht zuläßig, denn ein Eid kann nach §§. 246, 249. Tit. 10. der Proz.-Ordn. nur über Thatsachen angetragen werden. Jene Eidesnorm dagegen spricht das Beweisthema, welches durch den Eid erwiesen werden soll, nur in allgemeinen Ausdrücken aus, ohne dasselbe in bestimmte facta aufzulösen.

Ob eine Forderung fortdauert, ob sie auf gesetzliche Weise getilgt ist oder nicht? kann nur als Resultat rechtlicher Beurtheilung aus vorangegangenen Thatsachen gefunden werden.

Diese speziellen Thatumstände, aus denen dasjenige, was Kläger darzuthun beabsichtigt, hergeleitet werden soll, würden allein einen zulässigen Gegenstand einer Eidesdelation bilden können, während der Eid, dessen Ihr Mandant sich bedienen will, ein Urtheil involvirt.

Derselbe erscheint aber auch nicht ausreichend, um dasjenige zu erweisen, was nach §. 569. a. a. O. erforderlich ist, um die Wirkung der Verjährung auszuschließen.

Denn es folgt **daraus**,

daß der Verklagte die Forderung des Klägers auf irgend eine gesetzliche Weise **nicht getilgt hat**, und daß ihm dies bekannt ist,

an und für sich noch nicht,

daß er um deswillen sich der Erfüllung derselben **unredlicherweise** zu entziehen suche.

Der Verklagte kann Gründe haben, die verlangte Zahlung nicht zu leisten, ohne daß ihm deshalb eine **Unredlichkeit** beigemessen werden darf.

Er kann dem Verlangen des Klägers Ansprüche entgegen zu setzen haben, denen als unvollkommenen Rechten (§. 86. der Einl. zum A. L. R.) das Gesetz den besonderen Schutz durch Klagen und Einreden zwar nicht, oder zur Zeit nicht mehr gewährt, die aber als moralisch verpflichtend anerkannt werden müssen. Er kann z. B. überwiegende Gegenforderungen haben, die zur Zeit, als die jetzt eingeklagte Forderung zahlbar wurde, bereits verjährt waren, und die deshalb (§. 377. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.) durch Kompensation nicht mehr geltend gemacht werden konnten, Ansprüche aus, blos wegen Mangels der gesetzmäßigen Form unverbindlichen Geschäften (§. 176. a. a. O.) u. s. f., überhaupt Ansprüche gegen den Kläger, denen zwar kein Zwangsrecht zur Seite steht, die aber die Rückforderung einer darauf geleisteten Zahlung nach §. 178. das. ausschließen würden.

Wenn der Verklagte beim Vorhandensein solcher, die Forderung des Klägers aufwiegenden, sie aber nach der Strenge des Gesetzes nicht aufhebenden Gegenansprüche sich des Einwandes der Verjährung bediente, so würde ihm der Vorwurf, daß er sich **unredlicherweise** wider besseres Wissen seiner noch fortdauernden Verbindlichkeit entziehe, nicht gemacht werden können.

Der §. 569. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. verlangt ausdrücklich, daß dies der Fall sei, wenn die Wirkung der vollendeten Verjährung durch Nichtgebrauch ausgeschlossen werden soll; und ein solcher Beweis kann durch die obige Eidesnorm nicht, sondern nur dadurch geführt werden, wenn der Eid über positive Fakta angetragen wird, aus denen der Richter die Ueberzeugung von der unredlichen Gesinnung des Verklagten schöpfen kann. (Justizminist. Bl. 1844. S. 148.)

b) Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 8. Jan. 1845) aus, daß zur Beseitigung der Vermuthung der §§. 568 u. 569 h. t. der dem Schuldner dahin zugeschobene Eid, daß die eingeklagte Schuld durch ihn weder durch Zahlung, noch auf irgend eine andere Art berichtiget und überhaupt keine Thatsache eingetreten sei, wodurch sich das Schuldverhältniß verändert habe, auch der Verklagte hiervon vollständig unterrichtet sei, nicht geeignet sei. Denn eine solche Eidesdelation sei nicht auf einzelne bestimmte Thatsachen, aus welchen der Richter das Urtheil zu schöpfen hätte, wiefern die Schuld eine noch fortwährende sei, gerichtet, sondern überlasse dem Verklagten selbst das Urtheil in Bezug auf die Frage, in welcher Weise vielleicht die Schuld berichtiget sein möchte und welche Thatsachen rechtlich im Stande gewesen sein könnten, das Schuldverhältniß zu ändern. Das eine Kriterium des §. 569 h. t., nämlich das Wissen des Schuldners von seiner noch fortwährenden Verpflichtung, sei durch den Eid nicht wohl zu konstatiren; es müsse die Beweisführung auf äußere Handlungen des Schuldners gerichtet werden, in denen sich sein böser Wille ausspreche.
(Entsch. Bd. 10. S. 107.)

3) R. v. 23. Febr. 1841. ad 1. Bei Erlaß des G. v. 31. März 1838 ist zwar beabsichtiget worden, eine Bestimmung in dasselbe aufzunehmen, der zufolge, mit Aufhebung der §§. 568 u. 569 h. t., der Verlust des Rechtes als Folge der vollendeten Verjährung durch Nichtgebrauch ausgesprochen werden sollte; es ist indeß hiervon im Laufe der Berathungen wieder abstrahirt worden. (Justizmin. Bl. 1841. S. 110.)

§. 570. Bei dem Pfand- und Hypothekenrechte muß hinsichtlich der Verjährung zwischen dem dinglichen und dem persönlichen Rechte unterschieden werden. Durch Fortdauer des Pfandbesitzes und des Hypothekenrechtes wird der Anfang der Verjährung des persönlichen Rechtes durch Nichtgebrauch, wie aus §. 248. A. L. R. I. 20. zu folgern, nicht gehindert. Die Verjährung des persönlichen Rechtes wird aber durch Einhebung der Zinsen von dem Pfand- oder Hypotheken-Schuldner unterbrochen. (§. 570 h. t.)
(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 31. Aug. 1844. und Koch's Bemerk. dazu; Koch's Schles. Arch. Bd. 5. S. 462 ff.)

§. 579 sqq. 1) Die Gewerbe-Ordnung v. 17. Jan. 1845. bestimmt im §. 11.: Ausschließliche Gewerbeberechtigungen oder Zwangs- und Bannrechte, welche durch dieses G. aufgehoben oder für ablösbar erklärt worden sind, können fortan durch Verjährung nicht mehr erworben werden. (G. S. 1845. S. 43.)

2) Spiegelthal (O. L. G. Ass.), nimmt (gleich Schröter) an, daß das A. L. R. eine erwerbende Verjährung, wie von Rechten überhaupt, so auch von Forderungsrechten insbesondere gestatte, wie aus den §§. 580. 596. 627 h. t. und A. L. R. I. 11. §§. 837 und 838. gefolgert wird. (Jur. W. 1842. S. 96.)

3) Nach gemeinem Rechte kann durch die bestimmte Verjährung (praescriptio definita) eine Forderung nicht erworben, noch weniger aber die dingliche Beschaffenheit derselben begründet werden. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 15. April 1836., Entsch. Bd. 2. S. 201.)

Vergl. auch Zus. zu §§. 655—663 h. t.

§§. 571. 591. 628. Ueber die Frage: was das A. L. R. in den §§. 579. 591 und 628 h. t. unter „einem Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist," versteht, vergl.:

a) Köchling (L. u. St. G. Rath), Abhandlung (gegen den Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 15. Febr. 1841. und gegen Arndts) zur Auslegung des §. 579 h. t.
(Ulrich Bd. 8. S. 343 ff.)

b) Nachtrag zu der ad a erwähnten Abhandlung. (Ulrich Bd. 9. S. 99 ff.)

§§. 613 sqq. Dr. A. Denziger, die Accessio possesionis, nach Römischem und Kanonischem Rechte. 8. Würzburg. 1842. (Gekrönte Preisschrift.)

§§. 629—640. 1) In Betreff Westpreußens vergl. das Pat. v. 19. April 1844. wegen Publikation des Provinzialrechts für Westpreußen, nach dessen §. 3. des Preuß. Landrecht von 1721 aufgehoben ist, und dessen §. 8. über die Berechnung der Verjährungsfristen disponirt. (G. S. 1845. S. 103. und 104., oben S. 3.)

2) Nach Märkischem Prov. Rechte können gegen pia corpora durch Verjährung sine titulo keine Rechte, also auch keine Servituten, erworben werden. Dies ist aber ein privilegium speciale, welches nicht nach §. 640 h. t. auf die Mitbesitzer untheilbarer oder gemeinschaftlich besessener Sachen und Rechte übergeht.

(Erk. der Gen. Kommiss. zu Berlin v. 7. Juni 1842., Centralbl. 1843. S. 723 ff.)

§§. 641—647. Bornemann's System des Preuß. Civilrechts. (2. Ausg.) Bd. 2. S. 117.) Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts. Bd. 1. S. 292 ff.

In Betreff des Normal-Jahres vergl.:

a) Für Westpreußen das Westpreuß. Provinz. Recht, §. 5., wonach das Normal-Jahr 1797 festgesetzt worden. (G. S. 1845. S. 105.)

b) V. v. 24. Nov. 1843 wegen Festsetzung des Jahres 1797, als Normaljahr zum Schutze gegen fiskalische Ansprüche in den Städten Danzig und Thorn und deren beiderseitigem Gebiet, so wie in den zur Provinz Preußen gehörigen vormals Süd- und Neu-Ostpreuß. Landestheilen.

Wir Friedrich Wilhelm, rc. rc. Verordnen, um denjenigen Theilen Unserer Provinz Preußen, in welchen ein Normaljahr zum Schutze gegen fiskalische Ansprüche noch nicht besteht, einen Beweis landesväterlicher Huld und Gnade zu gewähren, in Berücksichtigung des Uns von den getreuen Ständen der Provinz Preußen vorgetragenen Wunsches, auf Antrag Unseres Staatsmin., was folgt:

Die V. v. 18. Dec. 1798., durch welche das Jahr 1797 für Westpreußen, mit Inbegriff des Ermlandes und des Netzdistrikts, als Normaljahr zum Schutze gegen die Ansprüche des Fiskus festgesetzt worden, soll auch auf die Städte Danzig und Thorn und deren Gebiet, so wie auf die jetzt zur Provinz Preußen gehörigen vormals Süd- und Neu-Ostpreuß. Landestheile Anwendung finden.

Von dieser Bestimmung bleiben jedoch ausgeschlossen alle bereits rechtshängige Sachen, bei denen Fiskus als Kläger oder Beklagter, Intervenient oder Litisdenunziat betheiligt ist, ingleichen die schon jetzt streitigen aber noch nicht rechtshängigen Ansprüche des Fiskus, in sofern solche vor Ablauf des Jahres 1844 bei den Justizbehörden zur gerichtlichen Erörterung angemeldet worden. Urkundlich rc.

(G. S. 1844. S. 12.)

§§. 655—663. Dr. A. Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. Eine von der Juristenfakultät zu Heidelberg gekrönte Preisschrift. 2 Theile. 8. Marburg. 1843. (Vergl. Recension von Sommer in Ulrich, Bd. 10. S. 668.)

1) Nach gemeinem Rechte kann auch durch die unvordenkliche Verjährung eine Forderung nicht erworben, noch weniger aber die dingliche Beschaffenheit derselben begründet werden.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 15. April 1836., Entsch. Bd. 2. S. 201.)

2) Durch die unvordenkliche Verjährung des gemeinen Rechtes können solche Rechte nicht begründet werden, an denen, als persönlichen, ein juristischer Besitz nicht stattfindet.

(Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 17. Juni 1844., Justizmin. Bl. 1845. S. 15., Entsch. Bd. 10. S. 1.)

3) In den Fällen, in welchen nach dem früheren Sächsischen Rechte nur Immemorial-Verjährung zuläßig war, ist bei dem Beweise einer solchen der Besitz nach dem 1. März 1817 mit zu berücksichtigen. (Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 24. Okt. 1845., Justizmin. Bl. 1845. S. 237.)

§§. 655. u. 656. Die §§. 655 u. 656 h. t. sind auf Richterfuhren nicht anwendbar weil dieselben keine öffentliche Last im Sinne des §. 655 h. t. bilden.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. [Datum konstirt nicht], Koch Schles. Arch., Bd. 5. S. 91.)

Zehnter Titel.

Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums.

Bornemann, Systemat. Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 2. S. 124—131.
Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, Bd. 1. S. 428—433.

§§. 1—3. Vergl. Zus. zum A. L. R. I. 19. §§. 3—6.

§§. 6. 7. u. 25. 1) Ueber die Frage: ob eine Konkursmasse, welche die Umschreibung des Besitztitels eines von dem Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung erworbenen, aber noch nicht auf seinen Namen gebrachten Grundstückes nach der Eröffnung bewirken lassen will, schuldig ist, die Eintragung der dem Verkäufer für das kreditirte Kaufgeld stipulirten Hypothek mit geschehen zu lassen? vergl. Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 10. Sept. 1842. (Entsch. Bd. 8. S. 468., s. zur A. G. O. I. 50. §§. 33 und 60.)

2) Giebt der Erwerb von dem in das Hypothekenbuch als Eigenthümer eingetragenen Nichteigenthümer Eigenthum, wenn der wahre, aber nicht eingetragene Eigenthümer im Besitze ist, jenem Erwerber also keine Ueberlieferung geschehen konnte?

Es verneinen das L. u. St. G. zu Brilon (in dem Erk. v. 12. Febr. 1845.) und das O. L. G. zu Arnsberg (Datum des Urtels konstirt nicht).

Diese konformen Judikate gehen davon aus, daß nach §§. 1 — 5 h. t. zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums, a) den Titel, b) die wirkliche Uebergabe von Seiten des vorigen Besitzers, außerdem auch c) in der Regel wahres Eigenthum des Autors, gehöre. Die Bestimmung des §. 7. h. t., welche den Grundsatz der Publizität des Hypothekenbuches zur Anwendung bringe, sei lediglich eine Modifikation des ad c. erwähnten Requisits, welche die Erfordernisse ad a. und b. nicht alterire. Durch die Eintragung an sich erwerbe der mit den übrigen Requisiten ad a. und b. versehene Acquirent noch nicht unbedingt das Eigenthum; es erlöschten mithin noch nicht unbedingt ohne Weiteres die Ansprüche des wahren Eigenthümers, vielmehr erscheine der dergestalt Eingetragene nur Dritten gegenüber zur Disposition über das Eigenthum vollständig legitimirt. Wer daher nur den vom eingetragenen Besitzer herrührenden Titel und die faktisch auf ihn erfolgte Eintragung, nicht aber den Besitz für sich habe, der sei nicht Eigenthümer, wobei zu bemerken, daß die bloße dem Hypothekenrichter abgegebene Versicherung der Kontrahenten, daß die Uebergabe erfolgt sei, wenn dies wirklich nicht der Fall gewesen, nicht nur irrelevant in dieser Beziehung, sondern sogar ein dolus sei, woraus keine Rechte erworben werden könnten (A. L. R. I. 4. §. 84.). Das Recht des Besitzers sei daher das stärkere und ein Kollisionsfall, wie solchen die die §§. 18 und 20 h. t. voraussetzten, liege nicht vor, da in diesen Gesetzen nur von einem Zusammentreffen mehrerer Titel, nicht aber von dem Zusammentreffen des Eigenthums mit einem bloßen Titel die Rede sei. Der §. 19 h. t. finde deshalb auch keine Anwendung, und zwar um so weniger, als dieser §. nur einen materiell eintragungsfähigen Titel im Auge habe, was ein Eigenthums-Titel erst dann sei, wenn die Tradition wirklich erfolge, also der mit dem Titel Versehene auch wirklich im Besitze sei, oder mit andern Worten, wenn das Eigenthum erworben worden. Abstrahire man nun aber von der Eintragung, so gebe der §. 20 h. t. den Ausschlag. (Ulrich Bd. 11. S. 443 ff.)

Sommer tritt diesen Ansichten bei. (a. a. O. S. 440.)

§§. 18. 20—23. 25. Vergl. Zus. zum A. L. R. I. 19. §§. 3—6.

§§. 21—25. Geht unter mehreren Cessionarien derselben Forderung der jüngere deshalb, weil er in gutem Glauben das Schuldinstrument im Besitz erhalten, dem älteren vor?

Nören (O. L. G. Ass.) verneint; denn schon durch die Cession allein gehe das Eigenthum des Rechts auf den Cessionar über, und die Aushändigung der Schuldurkunde sei dabei ganz gleichgültig. Wenn mehrere Personen mit dem Gläubiger über Abtretung eines und desselben Aktivums Verträge abgeschlossen haben, ohne daß einer unter ihnen dasselbe schon wirklich cedirt erhalten, so gehe derjenige vor, dessen Titel zuerst entstanden ist; wenn jedoch einem unter ihnen das Recht wirklich schon cedirt worden, so schließe dieser die Eigenthumsansprüche der übrigen aus, ohne Rücksicht auf die Zeit, wann dieselben entstanden sind, wobei jedoch vorausgesetzt werde, daß er zur Zeit der Cession den früher entstandenen Titel eines Anderen nicht gekannt habe. (Ulrich Bd. 9. S. 283.)

§. 24. Wenn der Erwerber eines Grundstücks zur Zeit der Eintragung in das Hypothekenbuch oder der Uebergabe gewußt hat, daß derjenige, von welchem sich sein Titel herschreibt, das Grundstück zwar im eigenen Namen, aber nur auf Grund einer Vollmacht als Mandatar

eines Dritten erworben hat, so muß derselbe dem Machtgeber seines Auktors in dem Besitze des Grundstücks weichen. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 27. Febr. 1844., Entsch. Bd. 10. S. 117.)

§§. **24** und **25**. Muß das Wissen im Falle der §§. **24** und **25** h. t. vermöge der eigenen Sinne erlangt sein?

Die Dep. des L. u. St. G. zu Dortmund bejahet (in dem Erk. v. 25. Jan. 1842.), wogegen der Appellat. Richter (Gerichtshof konstirt nicht) per sent. v. 10. Dec. 1842. und das Geh. Ob. Trib. (in dem Erk. v. 7. Okt. 1833) verneinen. Das historische Wissen sei nämlich mehr oder minder ein bloßes Fürwahrhalten aus Gründen der Erfahrung und des Vertrauens, und man müsse schon das als Gegenstand des Wissens annehmen, für dessen Wahrheit überzeugende Gründe dieser Art vorhanden seien. Auf die unmittelbare eigene Sinneswahnehmung könne es dabei nicht ankommen. (Ulrich Bd. 10. S. 19.)

Eilfter Titel.

Von den Titeln des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen.

Erster Abschnitt.

Von Kaufs- und Verkaufs-Geschäften.

Koch, das Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 602—651.
Bornemann, systematische Darstellung, 2. Ausg., Bd. 3. S. 1 ff.

§§. **13—18**. Ueber die Unrichtigkeit der Vorschriften der §§. 13—18 h. t. vergl.:
a) Bornemann's System, 2. Ausg., Bd. 2. S. 238.
b) Koch, Recht der Forderung., Bd. 3. S. 607.

§. **19**. Das Geh. Ob. Trib. nimmt (in dem Erk. v. 5. Jan. 1839.) an, daß der §. 19 h. t. von der Ungültigkeit des Kontrakts in Beziehung auf den dritten Eigenthümer zu verstehen sei; nur diesem stehe die Befugniß zu, den Verkauf anzufechten.
(Koch, Recht der Ford. Bd. 3. S. 608.)

Koch bemerkt indeß, daß diese Erklärung nichts sage und in der Behauptung, daß der dritte Eigenthümer den Verkauf anzufechten berechtiget sei, unrichtig sei; dieser habe gar kein Klagerecht auf Anfechtung des Verkaufs, weil nur die Kontrahenten aus ihren Verträgen klagen könnten; er habe aber die Anfechtung auch nicht nöthig, weil der Verkauf ihn nicht berühre.
(a. a. O. S. 609.)

Anh. §. **12**. Vergl. Löwenbergs Material. des Anh., S. 26., 27 u. 114.

§. **32**. Westpreuß. Provinz. R., §. 6. (G. S. 1844. S. 105.)

§§. **58—69**. Durch die von dem Verkäufer eines Grundstücks wegen Verletzung über die Hälfte gegen den Käufer angestellte Klage auf Rescission des Verkaufes, wird die verkaufte Sache nicht zu einer res litigiosa im Sinne des gemeinen Rechtes, und die, nach Anstellung der Klage, von dem Verklagten einem Dritten eingeräumte Hypothek, behält auch nach anerkannter Auflösung des Vertrages und erfolgter Wiederabtretung der Sache an den Verkäufer, ihre volle Wirkung (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 25. März 1843., Entsch. Bd. 9. S. 426.)

§§. **70—74**. Ist auch außer den Fällen des Gesetzes v. 26. April 1835 jeder Gläubiger befugt, Veräußerungs-Kontrakte seines Schuldners anzufechten, wenn er den Beweis zu führen vermag, daß dieselben von beiden Seiten ohne die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, und lediglich zum Schein abgeschlossen worden?

Das Geh. Ob. Trib. bejahet in dem Erk. v. 14. Okt. 1844. Denn es lasse sich aus den positiven Bestimmungen der Konkurs-Ordn. §§. 42—55. und des Ges. v. 26. April 1835, welche ganz ernstlich gemeinte Veräußerungsverträge im Auge hätten, nicht folgern, daß solche Verträge des Schuldners mit einem Dritten, die ausgemachterweise simulirt seien, außer-

dem von den Gläubigern nicht angetastet werden dürften. Es sei für das Princip, nämlich für die Legitimationsfrage, gleichgültig, ob der Gläubiger als Verklagter oder als Kläger die Simulation geltend mache. In solchen Fällen habe seine Klage nicht die Natur einer Vindikations- oder Rescissions-Klage, sondern seine Behauptung gehe nur dahin, daß der andere Kontrahent in Wirklichkeit, auch nach seinem eigenen Willen, nicht Besitzer der Sache für sich selbst sei, sondern dieselbe nur für seinen Schuldner in Gewahrsam habe. Dies zu beweisen und die Sache als gar nicht aus dem Eigenthum seines Schuldners herausgetreten, sondern als fortwährend im Eigenthumsbesitze seines Schuldners verblieben, zum Verkaufe zu bringen, müsse jedem Gläubiger freistehen, sollte der Schuldner auch nicht gerade in Konkurs verfallen sein. (Entsch. Bd. 10. S. 355.)

§. **93.** Steht die Vorschrift des §. **93** h. t. mit den Bestimmungen des A. L. R. I. **16.** §§. **27** und **52** im Widerspruche?

Bornemann bemerkt, daß der scheinbare Widerspruch sich auflöse, wenn man erwäge, daß beim Kaufvertrage, wie bei jedem anderen zweiseitigen Geschäfte, jeder Kontrahent nach übernommener Leistung des andern Kontrahenten sofort (Zug um Zug) zur Gegenleistung verpflichtet sei. (System, 2. Ausg., Bd. 2. S. 313.)

§. **109.** Gilt die Rechtsregel des §. **109** h. t. auch bei solchen Käufen, welche wegen Ungültigkeit wieder zurückgehen, selbst wenn der Inhaber der Sache für einen redlichen Besitzer erklärt worden ist?

Die Dep. des II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor verneint per sent. v. **17.** Aug. **1842** aus der Stellung des §. **109** h. t. (Koch Arch. Bd. 5. S. 381.)

Das Geh. Ob. Trib. dagegen bejahet per sent. v. **18.** März **1843.** Denn wenn gleich der §. **109** h. t. sich in der Lehre von Kauf- und Verkaufsgeschäften befinde, so sei doch nicht darin enthalten, daß derselbe nur von gültig bestehenden Kaufgeschäften spreche. Er habe nur Kaufgeschäfte im Allgemeinen zum Gegenstande und lasse es dahin gestellt sein, ob solche rechtsbeständig sind, oder nicht. Hierfür sprächen auch die §§. **290—292** h. t., indem auch in diesen von rückgängig gewordenen Kaufgeschäften die Rede sei, wo Alles in den vorigen Stand zurückgebracht werden müsse und nunmehr die Frage entstehe, was ein Kontrahent dem Anderen demnächst zu leisten habe? die sodann in den §§. **291** u. **292** h. t. entschieden werde, welche Entscheidung auf beiderlei Fälle passe, und wodurch es bestätiget werde, daß das im §. **109** h. t. ausgesprochene Prinzip nicht blos bei bestehenden, sondern auch bei solchen Käufen Anwendung finde, welche in der Folge wieder aufgehoben werden. Hiermit harmonirten auch die Grundsätze der §§. **232—236** h. t. und der §§. **250—256** h. t. (a. a. O. S. 384.)

§§. **117—121.** Geht das Eigenthum der in Pausch und Bogen verkauften Sache schon mit der Unterzeichnung des Vertrages, oder erst mit der Uebergabe auf den Käufer über?

Koch nimmt Letzteres an, indem er bemerkt, daß aus dem §. **118** h. t. das Gegentheil nicht folge, indem es sich hier vielmehr nur um die Bezeichnung des Umfanges der obligatorischen Verbindlichkeit handle, wozu jedes andere obligatorische Verhältniß dienen konnte. (Recht der Forder., Bd. 3. S. 637.)

§§. **128—131.** In Betreff der Uebergabe auf dem Transporte befindlicher Waaren vergl. Zus. **3.** zu §§. **58. 59. 66—71.** A. L. R. **I. 7.** (Oben S. 25.)

§. **204.** Anh. §. **13.** Vergl. Löwenberg's Motive des Anh., S. **27** und **114.**

§. **205.** Anh. §. **14.** Vergl. ebendas., S. **27.** u. **114.**

§. **222.** **1**) Gehören zu den im §. **222** h. t. bezeichneten Gewährsmängeln blos diejenigen, welche sich an bereits übergebenen Gegenständen, oder auch diejenigen, die sich in dem Nichtübergeben versprochener Gegenstände äußern?

Das Geh. Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. **5.** Aug. **1842** die letztere Alternative an. Daß der Mangel versprochener Pertinenzien einem Gewährsmangel im Sinne des Gesetzes gleichzustellen und diesem Begriff unterzuordnen sei, ergebe der §. **207** h. t., welcher unter den Gewährsmängeln den Fall aufzähle, wenn der Verkäufer ein bestimmtes Maaß oder Gewicht, oder eine gewisse Zahl bei der Sache zu gewähren sich ausdrücklich verpflichtet habe, und es daran bei der Uebergabe fehle. Der Gewährsmangel setze keinesweges thatsächlich voraus,

daß an dem empfangenen Verkaufsgegenstande nach dessen Tradition Gewährsmängel — fehlerhafte Eigenschaften der übergebenen Sache zum Vorschein kommen, sondern es beruhe der gesetzliche Grund der Gewährsleistung vielmehr umgekehrt darauf, daß die Sache schon von dem Tradenten fehlerhaft übergeben worden, und die Fehlerhaftigkeit nicht erst nach der Zeit der Uebergabe entstanden sei. Die Zeit, wann der Fehler zum Vorschein gekommen, sei für die Beantwortung der Frage unerheblich, wie der Anspruch eines Dritten ebenfalls dadurch, daß er vor der Uebergabe schon bekannt gewesen, aus der Kategorie der Gewährsmängel nicht ausscheide. Daß die Entscheidung der Frage über die Pertinenz-Eigenschaft recht eigentlich ein Streit wegen fehlender Eigenschaften sei, ergebe auch die analoge Vorschrift des §. 213 h. t., welche ebenfalls unter den Gewährsmängeln wegen fehlender Eigenschaften aufgeführt sei.
(Entsch. Bd. 8. S. 232.)

2) Ist der Käufer einer Sache zu deren Uebernahme verpflichtet, auch wenn sie nicht die ausdrücklich vorbedungenen oder stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften hat?

Koch hält die in dem Erk. in den Jahrb. Bd. 31. S. 12 ff.[1]) aufgestellte, bejahende Ansicht für die richtige. Denn wenn der Käufer noch so viel Kaufgelder zurückbehalten und deponiren könne, als zu seiner Deckung erforderlich, so könne er wegen entdeckter Gewährsmängel die Uebernahme nicht verweigern, da er nicht mehr als Genugthuung fordern könne.
(Recht der Ford., Bd. 3. S. 630. Note 7b.)

3) Kann der Käufer das Kaufgeld nur wegen solcher Ansprüche dritter Personen an die Sache zurückhalten und deponiren, hinsichtlich deren die Klage gegen ihn entweder schon angestellt oder doch genügend bescheinigt ist, daß sich eine solche begründen lasse?

Das Geh. Ob. Trib. hat die Affirmative per sent. v. 16. Nov. 1844 angenommen. Denn unter dem im §. 222 h. t. erwähnten zum Vorscheinkommen der Ansprüche eines Dritten könne nicht jedes willkührliche Berühmen derselben verstanden werden. Der Verkäufer könne nicht wegen seiner ganz liquiden Kaufgelderforderung den Launen und Berühmungen dritter Personen und dem einseitigen Belieben des Käufers, darauf zu hören, Preis gegeben sein, sondern nur die objektive Gefahr sei zu berücksichtigen. Solche trete aber nur in obigen beiden Fällen ein. Nur aus einer solchen Bescheinigung könne der Richter, der dem Käufer das Zurückbehaltungsrecht an dem fälligen Kaufgelde zusprechen solle, einen materiellen Grund dafür entnehmen, daß der Käufer wirklich in der Gefahr schwebe, den angesprochenen Theil des verkauften Gegenstandes zu verlieren oder das sonst daran prätendirte Recht anerkennen zu müssen. Dies behauptete Recht selbst müsse also bescheinigt werden, und dies entspreche auch der analog anzuwendenden Vorschrift des A. L. R. I. 20. §. 541. (Entsch. Bd. 10. S. 366.)

§§. 231 sqq. 1) Vergl. Zus. 2 u. 3. zum A. L. R. I. 4. §. 6. (Oben S. 12.)

2) Bielitz, Abhandlung über die Frage: ob und wie weit der Verkauf von steigenden und fallenden Staatspapieren auf Zeit nach Preuß. Rechten erlaubt oder unerlaubt ist?
(Nachtr. zum Komment., H. 1. S. 105.)

§§. 266—271. L. Dunker, über das pactum reservati dominii. (Im Rheinischen Musäum, Bd. 5. (Götting. 1833.) S. 65—118 u. 160—189.)
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 902—904.

In wieweit kann der, welcher eine Sache unter einer Resolutiv-Bedingung, namentlich des reservati dominii gekauft hat, in der Zwischenzeit bis zum Eintritte der Resolutiv-Bedingung rechtsgültig über die Substanz der Sache disponiren?

Die General-Kommission der Kurmark bemerkt (Datum des Erk. konstirt nicht), daß zwar die Gesetze keine ausdrückliche Bestimmung hierüber enthielten, daß aber die Vorschriften vom Wiederkaufe (§§. 298 und 299 h. t.) und da derjenige, welcher eine Sache unter einer Resolutiv-Bedingung gekauft habe, und dadurch bis zum Eintritte der Bedingung vollständiger Eigenthümer werde, doch jedenfalls in der Dispositions-Befugniß einem redlichen Besitzer gleichgeachtet werde, auch die Vorschriften des A. L. R. I. 7. §§. 188 u. 219. analoge An-

---

[1]) Vergl. Zus. 2. ad h. l., Ergänz. Bd. 1. S. 562 ff.

wendung fänden woraus folge, daß derjenige, welcher unter einer Resolutiv-Bedingung erworben habe, bis zu deren Eintritt vollgültig über die Sache disponiren könne.
(Centralbl. 1843. S. 52.)

§§. **272—294.** Behrens, de periculo et commodo rei sub lege addictionis in diem venditae. Kil. 1793.
Musset, Observat. de conventionibus ad conditionem initis. Wetzlar, 1813., cap. 1—3.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 905—908.

§§. **296—330.** W. Müller, civil. Abhandlungen, Giessen 1833. Nr. 1.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 213—234.

§. **312.** Findet der §. **312** h. t. auch auf den Fall eines Uebertrags des ganzen Vermögens unter Lebendigen Anwendung?

Die Deput. des Civil-Sen. des O. L. G. zu Arnsberg hat in dem Erk. v. **31.** Jan. **1844** verneint. Der §. **312** h. t. beziehe sich, wie aus den folgenden §§. hervorgehe, nur auf die Singular-Sukcession unter Lebenden. Nach §. **316** h. t. gehe das Wiederkaufsrecht nur dann nicht auf die Erben über, wenn keine Zeit zu dessen Ausübung bestimmt ist. Könne dies Recht aber vererbt werden, so sei es auch einer Uebertragung bei einer Universal-Succession unterworfen. Der Universal-Sukcessor repräsentire in Beziehung auf Vermögensrechte seinen Antecessor. Die Gründe, welche den §. **312** h. t. hervorgerufen haben könnten, fielen bei der Universal-Sukcession weg. (Ulrich Bd. 10. S. 226.)

§§. **331** u. **332.** Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 910—912.

§. **332.** Koch ist der Ansicht, daß die Bestimmung des §. **332** h. t. schon dann eintrete, wenn auch nur ein Theil des Kaufgeldes bezahlt worden. Denn wenn gleich der Wortsinn auf eine vollständige Bezahlung gehe, so gehe doch die Absicht des Gesetzes dahin, daß die Auseinandersetzung erschwerende, wechselseitige Erfüllung die Sache ändern solle, welche beabsichtigte Vereinfachung nicht erreicht werden würde, wenn eine vollständige Bezahlung erforderlich wäre. (Recht der Forder., Bd. 3. S. 911.)

§§. **340** sqq. **1)** Die Gründe des Plenarbeschl. v. **16.** Aug. **1841.** zu der V. v. **14.** Juli **1797**[1]) sind im Wesentlichen folgende. Die Begriffe von Irrthum und Betrug, und mithin die Vorschriften des A. L. R. I. **4.** §§. **75. 76. 84. 85.**, passen nicht auf den Fall, da die Subhastations-Interessenten weder über die Person des Käufers, noch über den Betrag des Kaufpreises im Irrthum gewesen. Die etwanige Voraussetzung derselben bei Ertheilung der Zustimmung in den Zuschlag, daß von dem Meistbietenden ein Abstandsvertrag nicht geschlossen worden, obwohl dies in der That der Fall, ist, mit Rücksicht auf §. **49.** A. L. R. I. **4.**, unerheblich. Das bloße Verschweigen und Vorenthalten der mit dritten Personen in Beziehung auf den gesuchten Gegenstand bereits getroffenen Verabredungen enthält weder die Erregung eines Irrthums bei dem Besitzer der Sache (A. L. R. I. **4.** §. **84.**, II. **20.** §. **1256.**), noch eine Verletzung vertragsmäßiger oder gesetzlicher Rechte desselben. Nur positive falsche Vorspiegelungen dürfen nicht stattfinden; im Uebrigen hat jeder sein eigenes Interesse selbst wahrzunehmen. Nach allgemeinen Grundsätzen können demnach auch die bei Gelegenheit öffentlicher Verkäufe vor oder in den Licitationsterminen angewendeten Bemühungen eines Kauflustigen, die übrigen zum Aufgeben ihrer Konkurrenz zu bestimmen, die Ungültigkeit des hiernächst zwischen ihm und den Subhastations-Interessenten zu Stande gekommenen Geschäfts nicht begründen; sogar die Ungültigkeit der Abstandsverträge selbst würde an sich zweifelhaft sein, wenn sie nicht durch §. **1.** der V. v. **14.** Juli **1797** ausgesprochen worden wäre. Hierüber hinaus darf aber auch dies Gesetz nicht interpretirt werden. Auch der §. **35.** A. L. R. I. **3.** spricht nicht für die entgegengesetzte Ansicht. Denn wenn auch der Adjudikatar selbst durch dergleichen Verträge andere Kauflustige vom Mitbieten abgehalten, so kann doch nur angenommen werden, daß bei Gelegenheit der Licitation eine durch die V. v. **14.** Juli **1797** bei

---

[1]) Vergl. Zus. 6. Bd. 1. S. 571. der Ergänz.

fiskalischer Strafe verbotene und daher unerlaubte Handlung vorgefallen sei, nicht aber daß der Adjudikatar seinen Anspruch auf die zugeschlagene Sache aus dieser unerlaubten Handlung erworben habe. (Entsch. Bd. 7. S. 114.)

2) Berechtiget eine Verabredung der Bieter, daß der Eine den Anderen, gegen Abfindung nicht überbieten solle, die Interessenten zum Widerrufe des Konsenses in den Zuschlag?

Der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau hat (in dem Erk. v. 7. Febr. 1839) verneint, indem er annimmt, daß die V. v. 14. Juli 1797, nur bestimme, daß gegen dergl. Machinanten die strafbare Handlung im Wege der Untersuchung festgestellt werden könne, daß die Paciscenten daraus weder gegen Dritte, noch unter einander Rechte erwerben könnten, und daß sie den wirklich erhaltenen Gewinn herausgeben und resp. die Strafe des Betrugs erleiden müßten. Nur solche Verträge seien nichtig, die Subhastation selbst sei nicht für nichtig erklärt.

Das Geh. Ob. Trib. hat indeß (per sent. v. 5. Juni 1840) in dem obigen Rechtsfalle auf Ermittelung über die behaupteten Machinationen interloquirt und demnächst die anderweitige Vorlegung der Akten, zum Spruch in zweiter Instanz verordnet, worauf der II. Sen. des genannten O. L. G. (per sent. v. 17. Juni 1841.) den erwähnten Einwand für erheblich erachtete. Dies wird aus den Vorschriften des A. L. R. I. 11. §. 340. mit Rücksicht auf §§. 49. 75. 84. 87. I. 4., §§. 349. 358. I. 5. gefolgert, welche durch die V. v. 14. Juli 1797, die sich über diese Unverbindlichkeit nicht ausdrücklich ausspreche, nicht abgeändert würden. (Koch Schl. Arch., Bd. 5. S. 142.)

§. 342. 1) Sind unter den im §. 342 h. t. erwähnten Lasten, welche bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen durch den Zuschlag auf den Käufer übergehen, nur die keiner Eintragung bedürfenden, im §. 49. Tit. 1. der Hypoth. O. bezeichneten, oder auch diejenigen im §. 48. ibid. gedachten Lasten zu verstehen, welche aus besonderen Kontrakten oder sonstigen speciellen Rechtstiteln auf dem subhastirten Grundstücke eingetragen sind?

a) Das Justizministerium hat in seinen Ansichten variirt.

α) Das R. v. 16. Nov. 1832 bestimmte, daß auf Grund der Adjudikatoria und des Kaufgelder-Belegungs-Attestes die Löschung aller vom Adjudikatar nicht ausdrücklich übernommenen Intabulate bewirkt werden müsse. (Jahrb. Bd. 40. S. 480., Gräff Bd. 7. S. 188.)

β) Das R. v. 28. Juni 1838. bemerkte, daß ein Wohnungsrecht, welches auf dem subhastirten Grundstücke haftet, ebenso, wie die eingetragenen Hypotheken, gelöscht werden solle. (Jur. W. 1839. S. 640.)

γ) Das R. v. 24. April 1839 macht dagegen in Betreff der auf einen besonderen Titel gegründeten Lasten einen Unterschied zwischen solchen, die sich zur Ablösung eignen, und solchen, die sich nicht dazu eignen, und spricht aus, daß letztere nicht in Folge der Subhastation erlöschen, sondern auf den Adjudikatar von selbst übergehen.

(Jur. W. 1839. S. 647.; Justizmin. Bl. 1839. S. 162.[1])

b) Das Geh. Ob. Trib., welches gleichfalls in seinen Ansichten gewechselt hat[2]), hat sich mittelst Plenarbeschl. v. 22. April 1844 für die letztere Alternative entschieden. Diese Ansicht wird aus folgenden Gründen vertheidiget.

Nach §§. 340—342 h. t. finden bei gerichtlichen Verkäufen die allgemeinen Grundsätze von Kaufsgeschäften überhaupt und insoweit Anwendung, als nicht besondere Ausnahmen vorgeschrieben sind. Bei Privat-Käufen gehen aber die aus dinglichen Rechten entspringenden Verpflichtungen auf den Käufer über (A. L. R. I. 19. §. 7. I. 2. §. 137.). Eine solche Ausnahme ist bei gerichlichen Verkäufen nicht gemacht; also muß der Adjudikatar die Rubr. II. eingetragenen Lasten übernehmen. Dies liegt auch in der Natur der Sache. Denn wenn eine fortdauernde Last dinglich mit einem Grundstücke verbunden worden ist, so war der Zweck des Geschäfts von vornherein dahin gerichtet, daß nicht sowohl der Besitzer des Grundstücks, als

---

[1]) Vergl. dasselbe im vollständigen Abdruck zum §. 408. des Anh. zur A. G. O. (Ergänzung. Bd. 9. S. 423.)

[2]) Vergl. die Erk. v. 25. Jan. 1840. (Entscheid. Bd. 6. S. 178., s. in den Ergänz Bd. 10. S. 278.) und v. 9. Sept. 1842. (Ulrich Bd. 10. S. 424.)

vielmehr das Grundstück selbst als das Verpflichtete angesehen werden und dies beständig bleiben solle, so daß hier von einer Rückzahlung oder Ablösung nicht die Rede ist. Nun können zwar allerdings bei einem nothwendigen Verkaufe Fälle eintreten, wo auch ein solcher Realberechtigter bei der Subhastation wesentlich interessirt ist, auch z. B. mit Rücksicht auf die Ansprüche früher eingetragen gewesener Pfandgläubiger die fragliche Realberechtigung in Beziehung auf das Recht selbst geltend zu machen, ja solches aufzugeben, oder Vergütigung dafür aus den Kaufgeldern anzunehmen genöthiget sein kann. Solche Fälle finden aber theils nur unter besonderen, die Regel nicht bildenden Voraussetzungen statt, theils macht der Eintritt solcher Voraussetzungen auch dann allemal bestimmte ausdrückliche Verabredungen in Beziehung auf Lasten dieser Art bei der Subhastation nöthig, hinsichts welcher der Adjudikationsbescheid das Erforderliche feststellen muß, der dann die Norm der Beurtheilung abgiebt. Wo aber Bestimmungen dieser Art sich nicht vorfinden, tritt auch die allgemeine Regel ein, daß sämmtliche dauernd und dinglich mit dem Grundstücke verbundenen Lasten auf demselben haften geblieben, und auf den Käufer übergegangen sind, und bei Vertheilung der Kaufgelder demgemäß auf Forderungen dieser Art nicht Rücksicht genommen zu werden braucht, solche vielmehr nur unter die Gläubiger geschieht, deren Befriedigung die Veranlassung und der Zweck der Subhastation war.
(Justizmin. Bl. 1844. S. 234., Entsch. Bd. 10. S. 13.)

c) Das Landgericht zu Kupp und das O. L. G. zu Ratibor nehmen dagegen die erstere Alternative an, indem sie sich besonders auf die Vorschrift des §. 19. der Subhast. V. v. 4. März 1834, welcher zwar nur von Löschung der Hypotheken handle, aber wegen der gleichen ratio auch auf alle Rubr. II. eingetragenen Realverbindlichkeiten anzuwenden sei, sowie darauf stützen, daß sonst der Grundsatz der Priorität der Hypotheken-Rechte völlig aufgehoben sein würde. (Koch Arch., Bd. 6. S. 155.)

d) Koch hält das von dem Geh. Ob. Trib. aufgestellte Prinzip für bedenklich, weil dadurch der Grundsatz aufgehoben sei, daß die Rubr. II. und III. eingetragenen Posten nach dem Datum der Eintragung unter sich rangiren; denn der Bieter werde alsdann um so viel weniger bieten, als der Werth der Rubr. II. eingetragenen Lasten betrage und dadurch ständen dann die Rubr. III. eingetragenen Hypothekengläubiger stets den später Rubr. II. intabulirten Kreditoren nach. Noch eigenthümlicher gestalte sich der Fall, wo Rückstände der Rubr. II. eingetragenen Last zu entrichten sind, indem hier, nach der Ansicht des Geh. Ob. Trib. der Adjudikatar die Last selbst zu übernehmen habe, wogegen den Rückständen die früher Rubr. III. eingetragenen Posten vorgehen müßten, und somit, obwohl die zweijährigen Rückstände der Last gleiches Recht mit dieser selbst haben (A. G. O. I. 50. §§. 358. 430.), die Rückstände ausfallen könnten, wogegen die Last selbst, da sie stehen bleibe, zur Perception gelange.
(a. a. O., S. 169.)

e) Grävell ist wegen der Vorschriften der §§. 180—187 h. t. der Ansicht, daß die ex speciali titulo eingetragene onera perpetua und Dispositionsbeschränkungen nicht mit auf den Adjudikatar übergehen, sondern nur solche Lasten, die ausdrücklich übernommen worden, oder gesetzlich auf der Sache haften. (Komm. zur A. G. O., Bd. 6. S. 281. 235.)

f) Büsching (J. K.) und Hinschius dagegen entscheiden sich für die Ansicht, daß der Adjudikatarius nur die Löschung der Rubr. III. eingetragenen Posten fordern könne, indem in den §§. 16 u. 19. der Subh. V. v. 4. März 1834 und im Anh. zur A. G. O. §§. 401 u. 402 nur von Forderungen die Rede sei, worunter aber Lasten und Einschränkungen des Eigenthums nicht zu verstehen. Im Falle einer Insufficienz jedoch rangirten die Gläubiger der II. und III. Rubrik unter sich nach der durch die Zeit der Eintragung erworbenen Priorität, und die zuerst eingetragenen Hypothekarien könnten fordern, daß die Subhastation nöthigenfalls frei von den Realverbindlichkeiten erfolge. (Jur. W. 1839. S. 637—645.)

2) Die fernere Streitfrage: ob das Recht auf die ex speciali titulo auf dem subhastirten Grundstücke haftenden Lasten im Konkurse oder erbschaftlichen Liquidations-Prozesse liquidirt werden müsse? ist nur noch von vorübergehendem Interesse, nämlich in solchen Fällen, in welchen die V. v. 28. Dec. 1840, betr. die Befreiung der Pfand- und Hypotheken-Gläubiger von der Einlassung in den Konkurs (G. S. 1841. S. 4.), noch nicht zur Anwendung gebracht

worden, indem dieser V. zufolge von der Liquidation einer Realforderung, als solcher, beim Konkurse und von einer Präklusion des Realgläubigers mit dem Realanspruche nicht mehr die Rede sein kann.

Das Geh. Ob. Trib. führt in dem Plenarbeschl. v. 22. April 1844 für diesen Fall aus, daß die erwähnten Lasten nicht von der Einlassung in den über das Vermögen oder den Nachlaß des Besitzers eines zu subhastirenden Grundstückes eröffneten Konkurs oder erbschaftlichen Liquidationsprozeß befreit sind, sondern daß das Recht auf solche Lasten selbst, nicht bloß der Betrag der rückständigen und laufenden Prästationen, im Konkurse oder erbschaftlichen Liquidations-Prozesse liquidirt werden müsse, und der Präklusion unterliege.

(Justizmin. Bl. 1844. S. 234., Entsch. Bd. 10. S. 13.)

§. 348. Anh. §. 15. Vergl. Löwenberg's Material des Anh., S. 27. 28. 114 u. 115.

Zweiter Abschnitt.

Vom Tausch-Vertrage.

v. Jagen, Selecta de pactis et contractibus imprimis autem de permutatione. Gröning. 1808.
Bornemann, systemat. Darstellung, 2. Ausg., Bd. 3. S. 63—65.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 682—693.

Dritter Abschnitt.

Von Abtretung der Rechte.

C. J. R. Nobel, diss. jur. inaug. de cessione. 8. Gröning. 1843.
Bornemann, systemat. Darstellung, (2. Ausg.) Bd. 3. S. 65—103.
Burchardi, Beiträge zur Lehre von der Cession. (Jur. W. 1842. S. 769 ff.)
König, zur Versöhnung der Doktrin und Praxis in der Lehre von der Cession. (Jur. W. 1842. S. 837 ff.)
Burchardi, Replik auf vorstehende Abhandlung, nebst Duplik von König. (Jur. W. 1843. S. 65ff.)

§§. 376 u. 377. Ueber den Begriff der Cession vergl. Burchardi in der Jur. W. 1842. S. 769 und König a. a. O., S. 840.

§§. 382 u. 389. In Betreff der Frage: welche Forderungen im Sinne des §. 386 h. t. für streitige zu erachten? hat das Geh. Ob. Trib., im Einklange mit seinen früheren Entscheidungen[1]), per sent. v. 30. April 1842 angenommen, daß die §§. 385 u. 386 h. t. keine Anwendung finden, wenn es zur Zeit der Cession blos an einem ausdrücklichen Anerkenntnisse des Rechtes von Seiten des Verpflichteten mangelt, sondern nur dann, wenn das Recht zur Zeit der Cession von dem Verpflichteten ganz oder zum Theil, gerichtlich oder außergerichtlich bestritten worden, und daß bei einer hiernach gültigen Cession der Umstand, daß die cedirte Forderung zur Zeit derselben in der Exekution befangen ist, nur auf die Strafbarkeit er Justizbeamten der sich auf die Cession eingelassen hat, nicht aber auf die Rechtsbeständigkeit der letzteren, Einfluß hat. Dies wird aus der Wortstellung des §. 386 h. t. der ratio legis und dem Begriffe eines streitigen Rechtes, sowie aus dem Inhalte der Materialien, gefolgert.

(Entsch. Bd. 7. S. 400.)

Dagegen sucht Rören (O. L. G. Ass.) die entgegengesetzte Annahme des Justizministeriums anderweitig zu rechtfertigen. (Ulrich Bd. 10. S. 99.)

§. 385. Anh. §. 16 Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 28 und 115.

§. 387. Anh. §. 17. Vergl. a. a. O., S. 28 u. 115.

§§. 393 u. 394. 1) In welcher Form muß die Annahme der Cession von Seiten des Cessionars[2]) erfolgen?

---

[1]) Vergl. Ergänz. Bd. 1. S. 583.
[2]) In den Ergänzung. ad h. l. (Bd. I. S. 586.) ist statt: „Cessionar" aus Versehen: „Cedenten" gesetzt.

4*

a) Das Justizministerium nimmt in dem R. v. 16. Aug. 1844 an, daß zur Gültigkeit einer Cession, wenn über die zu cedirende Forderung ein Instrument vorhanden, die Uebergabe desselben, und bei Partial-Cessionen die Abzweigung eines Instrumentes vom Original keineswegs unerläßlich sei. Nach §. 394 h. t. werde zur Gültigkeit der Cession nur die Ausstellung einer schriftlichen Cession erfordert; die Uebergabe des Dokuments, resp. die Abzweigung eines solchen, werde nur angeordnet, einmal, damit der Cessionar sich gegen den Schuldner gehörig legitimiren könne, und sodann zur Verhütung eines Mißbrauches des Dokuments. Hierin ändere das G. v. 4. Juli 1822 für den Fall einer nothwendigen Cession nichts ab. Der Vermerk der Cession solle nach §. 9 desselben nur auf das Dokument gesetzt werden; davon sei aber die Cessions-Verfügung ganz unabhängig. (Justizm. Bl. 1844. S. 190.)

b) Das Geh. Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 30. Sept. 1843 ausgeführt, daß zur Rechtsbeständigkeit einer Cession ein vorgängiger, in an sich rechtsbeständiger Form abgeschlossener Vertrag nicht erforderlich sei. Das Cessions-Instrument sei, als die Erfüllung einer mündlichen Verabredung enthaltend, genügend, indem in solchem Falle die Annahme desselben als Vollendung des Cessionsgeschäfts zwischen dem Cessionar und dem Cedenten zu betrachten sei. Wenn aber nichts weiter vorliege, als die geschehene Zusendung eines Schuldokumentes an einen Dritten, nebst einer von dem darin genannten Gläubiger an diesen Dritten ausgestellten Cessionsurkunde, so könne aus dem Stillschweigen des Letztern und der nicht erfolgten Zurücksendung jener Urkunden die geschehene Abschließung eines Cessionsgeschäftes nicht gefolgert werden.

Der §. 393 h. t. zeige nämlich, daß die Begriffsbestimmung des §. 376 h. t. nicht den Sinn habe, einen besondern Vertrag vorauszusetzen, der an sich rechtsbeständig sein müßte, weil sonst nicht die bloße Erklärung der Abtretung des Rechts und die Annahme Seitens des Anderen die Uebertragung des betreffenden Rechts bewirken könnte. Die Aeußerung des §. 376 deute nur auf den gewöhnlichen Hergang hin, daß es ohne vorgängige Verständigung nicht zu einer Cession kommen werde, wie dies auch die Aeußerung von Suarez in der rev. mon. ergebe. Dagegen sei allerdings das Rechtsgeschäft der Cession kein einseitiges und es könne somit nicht der Wille des Cedenten allein es sein, der den Cessionar verpflichte, sich auf die vom Cedenten erklärte Abfindung einzulassen. Der einseitige Akt der Ausstellung der Cessions-Urkunde müsse, der Regel nach, als die Ausführung einer Verständigung, die über das vorzunehmende Geschäft vorher eingegangen wird, gedacht werden. Hieraus ergebe sich der Unterschied, welcher mit der Existenz einer Cessions-Urkunde in der Hand des darin bezeichneten Cessionars verbunden ist, je nachdem dieser dem Schuldner gegenüber, oder in Beziehung auf den Cedenten betrachtet werde. Dem Schuldner gegenüber müsse dieser Besitz als die erfolgte Vollziehung der Uebereinkunft gelten, welcher in dem Akt der Cession ausgedrückt sei, weil sich hier mit der Erklärung der Abtretung Seitens des Cedenten zugleich die Annahme der Cession Seitens des Cessionars verbinde, die eben aus der Geltendmachung des cedirten Rechts sich ergebe. Um dagegen annehmen zu können, daß aus dem Besitze des Dokuments nebst Cessions-Urkunde in den Händen des in letzterer bezeichneten Cessionars so viel folge, daß das betreffende Rechtsgeschäft auch in der That so vorgegangen, wie die Cessions-Urkunde lautet, müsse ein Moment vorliegen, aus dem zu entnehmen, daß eine Einwilligung des Cessionars stattgefunden. Die bloße Zusendung der Urkunden und die ohne weitere Erklärung eingetretene Zurückbehaltung derselben durch den darin bezeichneten Cessionar sei nicht entscheidend, da letzterer, mit Rücksicht auf die Vorschriften des A. L. R. I. 3. §. 26 und I. 4. §. 61 keine Verpflichtung zur Erklärung darüber habe. Sei dagegen die Cessions-Urkunde nebst der Art, wie die Cessions-Valuta berichtiget werden sollte, in Folge vorausgegangener mündlicher Verabredung ausgestellt, so sei dieß als Erfüllung eines mündlich geschlossenen Vertrags aufzufassen, welcher nach §. 146 A. L. R. I. 5 der Anfechtung, daß schriftliche Abfassung nothwendig gewesen, mit Rücksicht auf §. 7 A. L. R. I. 2, nicht unterliege. (Entscheid. Bd. 9. S. 213.)

Ebenso hat das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 31. Mai 1844 angenommen, daß es keiner schriftlichen Akceptation der Cession Seitens des Cessionars bedürfe. (Ulrich, Bd. 10. S. 570.)

c) Burchardi (L. u. St. G. Ass.) hält dafür, daß die Akceptation des Cessionars nicht bloß zur Vollendung, sondern zum Begriff der Cession gehöre; denn jede Cession sei das Analogon eines Kauf- oder Tausch-Geschäfts (§. 381 h. t.) und vertrete hierbei die Stelle der Uebergabe (§. 377 h. t.). Daher gehe erst nach erfolgter Annahme der Erklärung des Cedenten das Eigenthum des cedirten Rechts auf den Cessionar über (§. 393 h. t.).
(Jur. W. 1842. S. 772.)

Vergl. hiergegen die Ausführung von König, (a. a. O. S. 840.) und die weiteren Ausführungen von Burchardi (Jur. W. 1843. S. 66.), nebst Duplik von König (a. a. O. S. 91.).

2) Ist zur Rechtsbeständigkeit der Cession das Bekenntniß der empfangenen Valuta erforderlich?

a) Das Geh. Ob. Trib. bemerkt in dem Erk. v. 31. Mai 1844, daß die allgemeine Angabe, daß eine Gegenleistung stattgehabt, hinreiche, um festzustellen, daß eine Schenkung nicht beabsichtiget worden, und daß die Frage, wie die Valuta berichtiget worden, vom Schuldner nicht zur Erörterung gezogen werden könne. (Ulrich, Bd. 10. S. 574.)

b) Burchardi ist ebenfalls der Ansicht, daß das Bekenntniß über den Empfang der Valuta Seitens des Cedenten nicht zum Wesen der Cession gehöre; denn diese vertrete nur die Stelle der Tradition, wobei der Empfang der Gegenleistung als etwas ganz Gleichgültiges erscheine.
(Jur. W. 1842. S. 773.)

Vergl. hierzu die Bemerkungen von König. (a. a. O. S. 853.)

3) Ist zur Gültigkeit der Cession einer Forderung die Aushändigung der über die letztere sprechenden Urkunde erforderlich?

Das Justizministerium hat in dem R. v. 16. Aug. 1844 verneint.
(Justizm. Bl. 1844. S. 190., s. Zus. 1. ad h. l., oben S. 52.)

4) Die Frage: ob und in wiefern Cessionen in bianco ertheilt werden können? ist streitig.

Das Kammergericht (in dem Erk. v. 4. März 1816) und das O. L. G. zu Königsberg (in dem Erk. v. 18. Mai 1824) halten dergleichen Cessionen bei Schlußzetteln über Lieferungsgeschäfte für formell ungültig, indem dieselben höchstens als Indossamente pro cura zu erachten.

Das Tribunal zu Königsberg dagegen (in dem Erk. v. 10. Dez. 1824) ist der Ansicht, daß Cessionen in bianco nicht verboten seien, daß die Bestimmungen der §§. 394—396 h. t. dabei gleichfalls ausführbar, und daß der Cessionar, der vom Cedenten nur den Namen hingeschrieben erhalten, selbst die vollständige Cession an sich selbst darüber schreiben dürfe, weil nirgends vorgeschrieben sei, daß die ganze Cession von der eigenen Handschrift des Cedenten sein solle.

Das Geh. Ob. Trib. hat (in den Erk. v. 27. Febr. 1817 und v. 28. Febr. 1827) diese letztere Ansicht gleichfalls angenommen. (Simon R., Bd. 1. S. 152 u. Bd. 2. S. 221.)

Dagegen hat das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Aug. 1836 ausgeführt, daß eine durch die bloße Unterschrift in bianco erfolgte Uebertragung an sich ungeeignet sei, als Cession zu gelten, und daß dieser Legitimationsmangel auch nicht behoben sei, wenn dies Blanquet von dem Cessionar mit Einwilligung des Cedenten ausgefüllt worden. Nach §. 394 h. t. müsse jede Cession einer verbrieften Forderung schriftlich erfolgen und schriftliche Verträge würden erst durch die Unterschrift gültig (A. L. R. I. 5. §. 116). Bei einer Cession in bianco sei ein solcher Vertrag gar nicht vorhanden. Nur im Wechsel-Prozeß sei der Einwand, daß der Wechsel bloß in bianco indossirt worden, und die Ausfüllung ohne Vorwissen des Indossanten geschehen sei, unzuläßig (A. L. R. II. 8. §. 818). Im ordentlichen Prozeß sei dieser Einwand zugelassen, könne aber gegen einen Dritten durch die Behauptung nicht widerlegt werden, daß die Ausfüllung des Blanquets, dem Willen des Cedenten gemäß, ohne seine Zuziehung erfolgt sei. Denn ein solcher Auftrag würde ein Mandat enthalten, welchem es an der rechtsverbindlichen Form gebricht. Jeder Dritte, welcher mit einem Bevollmächtigten, der mit schriftlicher Vollmacht nicht versehen ist, sich eingelassen habe, könne auf Erfüllung des mit selbigem geschlossenen Vertrages gegen den Machtgeber nicht klagen. (A. L. R. I. 13. §. 8.)
(Entscheid. Bd. 1. S. 161.)

Gräff tritt dieser letzteren Ansicht darin bei, daß ein bloßes mit der Unterschrift des Cedenten versehenes Blanquet nicht als eine rechtsgültige Cession anzusehen; er ist aber der Meinung, daß das Geh. Ob. Trib. darin zu weit gehe, daß es selbst einen mit Einwilligung des Cedenten ausgefüllten Cessionsvermerk nicht für geeignet erachte, um die Legitimation des Cessionars zu begründen, indem eben durch diese Einwilligung dargelegt werde, daß die Extension des Blanquets nicht hinter seinem Rücken, d. h. ohne sein Vorwissen, geschehen sei. (Gräff Arch., Bd. I. H. 1. S. 96.)

5) In Westpreußen ist zur Gültigkeit einer Cession deren gerichtliche Ausstellung und Bestätigung nicht erforderlich[1]). (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 19. Nov. 1842, Entscheid. Bd. 8. S. 393.)

§§. 395—397. 1) Rören (O. L. G. Ass.) führt aus, daß die §§. 395—397 h. t. den Fall nicht betreffen, wo der Gläubiger mit einer bereits cedirten, aber noch bestehenden Forderung betrüglicher Weise eine zweite Cession vornimmt; sondern daß ihr Zweck nur sei, betrüglichen Dispositionen mit schon getilgten Schuldinstrumenten vorzubeugen. Denn der §. 395 stehe mit dem §. 396 in nothwendiger Verbindung, der erstere fordere die Legitimation durch den Besitz des Instruments nur deshalb, damit die im §. 396 verordnete Maßregel damit vorgenommen werden könne. Hätte der Schuldner nur den §. 395 beachtet, und nicht auch auf Aushändigung oder Vermerkung auf der Urkunde bestanden, so würde ihm dadurch nicht die erforderliche Sicherheit gewährt sein. Aber eben daraus, daß erst nach der Zahlung der Schuldner das Recht und die Pflicht habe, sich die Urkunde aushändigen zu lassen, folge, daß er betrügliche doppelte Cessionen, welche vor diesem Zeitpunkte vorgefallen, nicht zu verantworten habe. Nur wenn er nach der Zahlung das Dokument zurück — oder nicht mortificiren lasse — (A. L. R. I. 16. §. 126), könne er sich gegen den dritten redlichen Inhaber mit der an den Cessionar geleisteten Zahlung nicht schützen. Jedoch müsse der dritte redliche Inhaber sich mit der Cession zugleich die Urkunde zustellen lassen, weil nur unter dieser Voraussetzung sich behaupten lasse, daß die Unterlassung der dem Schuldner gebotenen Pflicht ihn veranlaßt habe, sich auf die Ueberweisung einer schon getilgten Forderung einzulassen. In dieser Deutung widersprächen die §§. 395—397 h. t. nicht dem Grundsatze, daß der Schuldner durch jede Zahlung liberirt werde, die er an Jemand, dem wirkliche Cession geleistet, bona fide gemacht habe. (Ulrich, Bd. 9. S. 292.)

2) Burchardi (L. u. St. G. Ass.) nimmt einen absoluten Widerspruch des §. 397 h. t. mit den §§. 407 und 413 h. t. an. (Jur. W. 1842. S. 776 ff.)

Vergl. hiergegen die Ausführung von König. (a. a. O. S. 856.)

§. 402. Ein Ehemann, welcher die Illaten seiner Ehefrau auf sein Grundstück hat hypothekarisch eintragen lassen, kann, wenn er die Cession dieser Illaten an einen Dritten bewilligte, dem Cessionar dieser Forderung nicht entgegensetzen, daß, weil die cedirende Ehefrau nicht mehr Rechte habe übertragen können, als sie selbst gehabt, ihm der Nießbrauch an den cedirten Illaten gelassen werden müsse.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 3. Dec. 1842, Entscheid. Bd. 9. S. 301, s. zum A. L. R. II. 1. § 231.)

§§. 420 sqq. Temme (L. u. St. G. Dir.), über die Natur der Gewährleistung bei der freiwilligen und nothwendigen Cession. (Jur. W. 1845. S. 649 ff.)

Ueber die Gewährleistung bei der nothwendigen Cession vergl. Zus. zum §. 444 h. t.

§. 434. Wie ist der Ausdruck: „sofort" im §. 434 h. t. zu verstehen?

Die Deput. des St. G. zu Berlin (in dem Erk. v. 3. Juli 1843) und der Ob. App. Sen. des K. Gerichts (in dem Erk. v. 14. Febr. 1844) sind der Ansicht beigetreten, daß darunter ein vom Richter zu bestimmendes modicum tempus zu verstehen.

(Entscheid. Bd. 10. S. 372.)

Das Geh. Ob. Trib. hat (in dem Erk. v. 16. Nov. 1844) ebenfalls angenommen, daß die Klage nicht gerade schon am nächstfolgenden Tage angestellt zu werden brauche, sondern

---

[1]) Diese Entscheidung ist, mit Rücksicht auf §. 3 des Pat. v. 19. April 1844 wegen Publikation des Westpreuß. Prov. Rechts (G. S. 1844. S. 103, oben S. 3.) nur noch für vergangene Fälle von Bedeutung.

daß dabei die Deutung dem Ermessen des Richters überlassen bleibe. Der Prozeß könne bei Abschluß der Cession schon im Gange gewesen, er könne liegen gelassen und nur zu reassumiren sein, der Cessionar könne mit gutem Grunde von einem anderen erst noch zu versuchenden Schritte Wirkung erwarten; alles dies lasse sich unter Umständen unter das Wort „beitreiben" im §. 434 h. t. subsumiren. Auch sei keine Legaldefinition des Wortes: „sofort" gegeben, namentlich nicht dahin, daß darunter der laufende Verfalltag selbst oder doch der folgende zu verstehen sind. Es sei dies sehr relativer Natur und die nähere Festsetzung dem billigen Ermessen des Richters überlassen. (a. a. O. S. 375.)

§. 435. Mit welchem Momente tritt der Zeitpunkt des §. 435 h. t. bei solchen Forderungen ein, die bis zu einem gewissen Zeitpunkte unaufkündlich sind?

Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 16. Nov. 1844) aus, daß die Pflicht des Cessionars zur Kündigung erst mit dem Zeitpunkte eintrete, zu welchem die Kündigung statthaft sei. Nach §. 432 h. t. komme es im Wesentlichen darauf an, daß dem Cessionar beim Verluste der Forderung kein — auch nur geringes — Versehen zur Last falle; und wenn der §. 435 h. t. namentlich hinsichtlich der eine Kündigung bedürfenden Forderungen dem Cessionar kein Versehen imputirt wissen wolle, wenn derselbe nur nicht über drei Monate nach der Cession mit der Kündigung warte, so sei diese einmal angemessene Fristbestimmung nach §. 49 der Einl. zum A. L. R. unbedenklich auch auf die Fälle anzuwenden, wo die Kündigung gleich unmittelbar nach der Cession rechtlich nicht möglich sei. Die Umstände seien ganz dieselben und es verstehe sich dann ferner von selbst, daß der Lauf dieser Zeitbestimmung nicht eher beginnen könne, als bis die rechtliche Möglichkeit der Kündigung eintrete. (Entscheid. Bd. 10. S. 374.)

§. 444. In Betreff der Frage: ob bei nothwendigen Cessionen der Exequendus zur Gewährleistung verbunden ist? bemerkt:

a) Bornemann in der zweiten Ausg. s. systemat. Darst. Bd. 3. S. 103, daß der Buchstabe des Gesetzes für die in dem R. v. 24. Febr. 1831[1]) ausgesprochene Ansicht des Justizministeriums sei.

b) Arndts (J. R.) bestreitet dies. Der §. 444 h. t. spreche nicht von unfreiwilligen Cessionen überhaupt, sondern nur von den im §. 442 h. t. bemerkten besonderen Fällen, und daher sei nicht zu folgern, daß dasjenige, was für diese nothwendigen Cessionen bestimmt worden, auf alle unfreiwilligen Cessionen Anwendung finden solle. Das Richtige sei, daß der Exequendus niemals für die Sicherheit, wohl aber für die Richtigkeit hafte.

Die exekutivische Uebereignung sei eine durch den Richter bewirkte Angabe an Zahlungsstatt, welche beider Theile Vortheil bezwecke; der Exekutionssucher solle befriedigt und der Exequendus liberirt werden; die Liberation sei nur das Entgeld für die zwangsweise erfolgte Abtretung einer Forderung des Exequendus. Wenn nun aber die vermeintliche Forderung nicht bestehe, oder der Exequendus nicht Eigenthümer der richtigen Forderung, also in der Wirklichkeit dem Exekutionssucher keine Forderung übertragen und aus dem Vermögen des Schuldners kein Recht entnommen worden sei, so zerfalle damit auch der Grund der Liberation. Der Exequendus werde zwar nicht eigentlich zu einer Gewährleistung verpflichtet; aber es könne ihm auch kein Vortheil zugestanden werden, der allein darauf beruhte, daß eine ihm zustehende Forderung ihm genommen und dem Gläubiger übereignet worden. Er könne sich mithin nicht auf die Liberation berufen und müsse die alte Schuld wieder anerkennen. Der Gläubiger könne unter Umständen die Erklärung, daß er die Forderung an Zahlungsstatt annehmen wolle, wegen eines wesentlichen Irrthums über die Substanz des Gegenstandes als unverbindlich anfechten (A. L. R. I. 4. §. 75) und es würde höchstens eine Ausnahme eintreten, wenn er die Unrichtigkeit gekannt oder die Forderung ausdrücklich auf seine Gefahr übernommen hätte. In dieser Art würde mithin eine Verhaftung des Exequendus für die Richtigkeit anzunehmen sein. Anders sei es aber wegen der Sicherheit. Bei der Uebereignung wolle und solle

---

[1]) Vergl. Ergänzung ad h. l., Bd. I. S. 604.

der Exekutionssucher nicht wie bei der Ueberweisung in vim assignationis, durch das was der Schuldner des Exequendus zahlen werde, sondern vielmehr durch die Forderung selbst, befriedigt werden. Stehe dem Exequendus die Forderung wirklich zu, so erhalte der Exekutionssucher durch die Ueberweisungsverfügung die gewählte Befriedigung wirklich und vollständig. Auf die Sicherheit komme es nicht an, weil die Existenz der Forderung von der Zahlungsfähigkeit des debitor cessus unabhängig sei. Es trete mithin die Liberation des Exequendus ohne Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit sofort und unbedingt ein. Der Gläubiger könne nicht hinterher von seiner Wahl zurücktreten; denn auf einen Irrthum könnte er sich nicht berufen, da er das gewählte Recht vollständig erhalten habe; und sehe man die Zahlungsfähigkeit des Schuldners als eine Eigenschaft dieses Rechts an, so sei diese weder ausdrücklich vorausgesetzt, noch als eine gewöhnlich vorauszusetzende Eigenschaft anzusehen. (A.L.R. I. 4. §§. 77. 81.) Bei der vertragsmäßigen Cession soll zwar nach §. 430 h. t. der Cedent unter Umständen für die Sicherheit haften. Aber der Grund dieser Bestimmung in Verbindung mit den §§. 427 bis 429 h. t. sei nur der, daß es bei dem Forderungskaufe, außer den ausgenommenen Fällen, ein naturale negotii sei, daß sich der Verkäufer stillschweigend zur Gewährleistung für die Sicherheit habe verpflichten wollen. Sie setze auf Seiten des Cedenten eine vertragsmäßige Verpflichtung voraus, die hier nicht anzunehmen. (Jur. W. 1845. S. 426.)

c) Temme führt aus, daß von einer Eviktionsleistung bei einer nothwendigen Cession gar nicht die Rede sein könne, sondern daß das Gesetz diesen Begriff nur für freiwillige Cessionen aufgestellt habe. Bei nothwendigen Cessionen lasse der Gläubiger sich von seinem Schuldner ein Forderungsrecht desselben durch den Richter an Zahlungsstatt überweisen. Existire nun ein solches Recht des Schuldners nicht, so sei ihm eben nichts an Zahlungsstatt geworden, sondern seine Forderung existire noch gerade wie vorher. Das bloße Rechtsgeschäft der Cession sei völlig gleichgültig gewesen. Es habe kein Objekt gehabt. Ein Rechtsgeschäft ohne ein Objekt sei rechtlich gar keins und das R. v. 24. Febr. 1831 gehe offenbar von einer falschen Auffassung des Rechtspunktes aus. (Jur. W. 1845. S. 653.)

Vierter Abschnitt.

Vom Erbschaftskaufe.

Crell, thes. jur. civ. de hereditate vendita. Vitemb. 1752.
Besecke, de alienatione hereditatis ad explicandam L. 2 D. de hered. vel act. vendita. Halae. 1774.
Bornemann, systemat. Darstellung, 2. Ausg., Bd. 6. S. 346—354.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3 S. 669—676.

§. 473. Das G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte, verordnet im §. 1:

Bei folgenden Rechtsgeschäften soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen:

 ꝛc. ꝛc. c) bei Erbschaftskäufen (§. 473. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. und §. 9. No. 2. Tit. 1. Th. II. der A. G. O.)

(G. S. 1845. S. 495.)

Fünfter Abschnitt.

Vom Trödel-Vertrage.

Flörke, Diss. de contractu aestimatorio tanquam contractu nominato. Hal. 1756.
Müller, vindiciae contractus aestimatorii secundum eos, qui innominatorum numerum adserunt, tentatae. Lips. 1778.
Bornemann, systemat. Darstell. (2. Ausg.), Bd. 3. S. 103—105.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 832—836.

Sechster Abschnitt.

Von gewagten Geschäften und ungewissen Erwartungen.

Bornemann, systemat. Darstellung (2. Ausg.) Bd. 3. S. 105—107.

§§. 547—568. J. L. Eckard, das Lottorecht. Coburg. 1787.

J. G. Beschorner, Diss. Quaestiones nonnullas ad jus Lottariarum pertinentes sistens, pr. Haubold. Dresd. 1806.

Der Ausspiel- und Lotterie-Vertrag, dargestellt von einem praktischen Juristen. Leipzig, 1833.

J. L. Neubert, Spielvertrag, Lotterie, Ausspielgeschäft. Nach gem. und sächsisch. Rechte dargestellt. 2. Aufl. Leipz. 1838.

Bornemann, systemat. Darstellung (2. Ausg.) Bd. 3. S. 107—125.

Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 651 ff.

§. 556. Ueber die Frage: in wiefern durch die Zahlung des Gewinnes an den, das Gewinnloos in Händen habenden Untereinnehmer, der Lotterieeinnehmer von seiner Verbindlichkeit gegen den Spieler liberirt werde? vergl. die (auf den Plan zur 81sten Lotterie Bezug habenden) Erk. des I. Sen. des O. L. G. zu Glogau v. 2. Juni 1842 und des Geh. Ob. Trib. v. 11. Febr. 1843. (Jur. W. 1843. S. 469 ff. u. S. 485 ff.)

§. 558. Anh. §. 18. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 28, 115 u. 116.

§§. 577—581. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 839—843.

§. 583. Das G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte, verordnet im §. 1:

Bei folgenden Rechtsgeschäften soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen:

> rc. rc. d) bei Verkäufen künftiger Sachen, wenn der Kaufpreis die Summe von hundert Thalern übersteigt. (§. 583. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. und §. 9. Nr. 3. Tit. 1. Th. II. der A. G. O.) (G. S. 1845. S. 495.)

§. 594. V. v. 9. Nov. 1843 wegen des Verkaufs der Früchte auf dem Halme und des künftigen Zuwachses.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen, nach Anhörung Unserer getreuen Stände, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums für diejenigen Landestheile Unserer Monarchie, in welchen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, mit Ausnahme der Provinz Westphalen, für welche unter dem 22. Mai 1842 eine besondere Order ergangen ist, was folgt:

Die Vorschrift des §. 12. Tit. 7. Th. II. des A. L. R., nach welcher es keinem Bauer erlaubt ist, seine Früchte auf dem Halme zu verkaufen,

so wie die Vorschrift des §. 594 Tit. 11. Th. I. des A. L. R.

nach welchem mit gemeinen Landleuten ein Kauf über ihren künftigen Zuwachs nur nach Zahl, Maaß oder Gewicht und nach den zur Zeit der Ernte marktgängigen Preisen geschlossen werden darf,

werden hierdurch aufgehoben. Urkundlich rc. rc. (G. S. 1843. S. 347.)

§§. 602—605. Thierfeld, der Leibzuchtskontrakt, oder die Rechte und Pflichten der Auszügler im Königreich Sachsen. Leipzig 1827.

Mirus, de reservato rustico. Lips. 1828.

Bornemann's System (2. Ausg.) Bd. 3. S. 132—134.

Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 708—714.

1) Das G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte, verordnet im §. 1:

Bei folgenden Rechtsgeschäften soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen:

> a) bei den Altentheils- oder Auszugsverträgen (§§. 603 u. 604. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. und §. 6. No. 6. Tit. 1. Th. II. der A. G. O.[1]) (G. S. 1845. S. 495.)

---

[1]) Hierdurch sind als beseitiget zu erachten: a) das R. v. 13. Mai 1843, welches den Notaren nur die Befugniß zur Aufnahme solcher Altentheils-Verträge ertheilt, welche sich auf die im Zus. 105. §. 1 des ostpreuß. Prov. Rechts bezeichneten Güter beziehen (Justizmin. Bl. 1843. S. 136);

b) die K. O. v. 5. Jan. 1844 ad 1, welche die im §. 603 h. t. verordnete gerichtliche Regulirung der Altentheile für solche Verträge aufhebt, durch welche in der Provinz Westphalen das Eigenthum einer bäuerlichen Besitzung an nahe Verwandte (§. 622 A. L. R. II. 1.) des Besitzers oder seines Ehegatten unter Vorbehalt eines Altentheils übertragen wird. (Justizmin. Bl. 1844. S. 11.)

2) Muß der bäuerliche Wirth das abgebrannte Auszüglerhaus seinem Altsitzer wieder aufbauen, oder gelten hier die Regeln über den Nießbrauch eines Hauses?

Der I. Sen. des O. L. G. zu Ratibor nimmt (in dem Erk. v. 20. Dec. 1842) die letztere Alternative an, indem das Verhältniß nach den Regeln vom Nießbrauche (A. L. R. I. 21. §§. 55 sqq., 184) beurtheilt wird. (Koch, Arch. Bd. 5. S. 372 ff.)

Koch hält diese Entscheidung für unrichtig, indem er davon ausgeht, daß der Altentheilsvertrag eine in fortdauernden Leistungen bestehende Obligation erzeuge, welche ihrer Art nach eine Alimentations-Verbindlichkeit sei, wie aus §. 602 h. t. folge, und ausführt, daß die Einräumung des Auszüglerhauses, in dem Verhältniß der Kontrahenten unter sich, nicht die Konstituirung eines ususfructus, sondern der verabredete Modus der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit, freie Wohnung zu geben sei, und daß in dieser bestimmten Erfüllungsart der Schuldner bis zum Tode des Auszüglers fortfahren, mithin das durch Zufall zerstörte Haus wieder in bewohnbaren Stand setzen müsse. (a. a. O. S. 375.)

In dem Rechte der Forderungen, Bd. 3. S. 714, hat derselbe gerade das Gegentheil ausgeführt und will die Vorschriften vom Nießbrauche zur Anwendung gebracht wissen.

§§. 606—650. Weber, de contractu vitalitio, quo alimenta ad dies vitae comparantur. Giess. 1706. 1750.

Seyberth, de reditu annuo, praesertim vitali. Götting. 1767.

Damme, de contr. redit. vitalit. Gand. 1825.

Landeloos, de redit. vitalit. Lov. 1826.

Baumann, kurze und faßliche Darstellung der Verträge über das menschliche Leben, nach Rechtsgrundsätzen. Zur Belehrung für Theilnehmer an Leibrenten-, Tantieme-, Lebensversicherungs- und Wittwen-Verpflegungs-Anstalten. Berlin. 1828.

Bornemann's System, 2. Ausg., Bd. 3. S. 134—140.

Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 694—707.

§. 610. Ueber die K. O. v. 10. Juni 1835 vergl. Koch, Recht der Forder., Bd. 3. S. 697.

§§. 641—646 u. Anh. §. 19. 1) Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 28, 29 u. 116.

2) Ist derjenige, welchem ein ganzer Vermögens-Inbegriff durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Kontrakt übertragen worden, den Gläubigern des Uebertragenden, auch wenn sie dem Vertrage nicht beigetreten sind, unmittelbar verhaftet?

Es bejahen:

a) das Geh. Ob. Trib. per sent. v. 26. April 1841 [1]) (Entscheid. Bd. 7. S. 70.)

b) die Revisoren. (Ergänzungen ad h. l., Zus. 1, S. 636.)

c) Piners. (Ulrich, Bd. 2. S. 215—217.)

d) Koch. (Recht der Forderungen Bd. 3. S. 706.)

e) Bornemann. (System [2. Ausg.], Bd. 3. S. 140.)

§§. 651 u. 652. Ueber die juristische Persönlichkeit der Kranken-, Sterbe- und ähnlichen Kassen bemerkt das R. v. 9. Sept. 1844:

Durch mehrfache Beschwerden ist es zur Kenntniß des Justizministers gekommen, daß Eintragungs-Gesuche, welche von Vorständen der Kranken-, Sterbe- und ähnlichen Kassen bei den Hypotheken-Behörden angebracht, oder Klagen, welche gegen solche Anstalten von Privat-Personen erhoben wurden, von den Gerichtsbehörden aus dem Grunde zurückgewiesen worden sind,

weil derartigen Kassen, sofern ihnen nicht Allerhöchsten Orts ausdrücklich Korporationsrechte beigelegt worden, nur die Eigenschaft erlaubter Gesellschaften, nicht aber die moralischer Personen, zukomme.

Auch sind folgende Judikate hiernach von keiner weiteren Bedeutung:

a) des O. L. G. zu Hamm (Datum konstirt nicht), daß der §. 603 h. t. nur auf Rustikalstellen Anwendung finde, welche noch in einem gutsherrlich-bäuerlichen Nexus stehen, und nur zum Besten des die Stelle übernehmenden Kontrahenten (Ulrich, Bd. 8. S. 375);

b) des O. L. G. zu Breslau v. 3. Juli 1841 u. des Geh. Ob. Trib. v. 28. Jan. 1842, daß die §§. 603 u. 604 h. t. auf solche bäuerliche Grundstücke, welche kein Eigenthum der Besitzer sind, und auf den bei Veräußerungen derselben ausbedungenen Altentheil zum Vortheil des Verkäufers keine Anwendung finden. (Jur. W. 1843. S. 385 ff. u. 403 ff.)

[1]) Vergl. Zus. ad h. l., Ergänz. Bd. 1. S. 638.

Da diese Ansicht mit den gesetzlichen Vorschriften nicht im Einklange steht, so nimmt der Justizminister in Uebereinstimmung mit dem Herrn Min. des Innern rc. Veranlassung, sämmtlichen Gerichtsbehörden Folgendes zu eröffnen:

Es ist zwar nach §§. 13, 22 u. 81. Tit. 6. Thl. II. des A. L. R. keinem Zweifel unterworfen, daß bloße erlaubte Gesellschaften, wenn ihnen in dieser Beziehung nicht vom Staate ein besonderes Privilegium ertheilt und Korporationsrechte beigelegt sind, gegen Andere außer ihnen keine moralische Person vorstellen, und daß sie aus diesem Grunde auf den Namen der Gesellschaft weder Grundstücke, noch Kapitalien erwerben, noch in Prozessen als Kläger oder Verklagte auftreten können.

Dagegen ist die Annahme,

daß die Eigenschaft einer moralischen (juristischen) Person nur Gesellschaften, welchen Korporationsrechte verliehen worden, zukommen könne,

eben so wenig richtig, als die,

daß die vielfach vorkommenden Kranken-, Sterbe- und ähnliche Kassen aus dem Gesichtspunkte aufzufassen seien, als bildeten die Mitglieder eine Korporation, und bedürfe es also, um der Kasse die Eigenschaft einer juristischen Person zu gewähren, der Ertheilung der Korporationsrechte.

Das letztere würde bei manchen derartigen Kassen, z. B. bei den Gesellen-Kassen, deren Theilnehmer in jedem Augenblicke wechseln, gar nicht einmal möglich sein, und schon die innere Nothwendigkeit weist hiernach auf eine andere Auffassungsweise hin.

Die Unrichtigkeit der ersten Annahme aber ergiebt sich unzweifelhaft daraus, daß die juristische Persönlichkeit von Instituten, die, wie z. B. gelehrte Schulen und Gymnasien, Armen- und Versorgungs-Anstalten, gar nicht unter den Begriff einer Gesellschaft zu bringen sind, in den Gesetzen sich anerkannt findet (§§. 54, 67. Tit. 12, §. 42. Tit. 19. Thl. II. des A. L. R.)

In die Kategorie der juristischen Personen dieser letzteren Art gehören auch die Wittwen-, Sterbe-, Aussteuer- und ähnliche Kassen, welche nach §. 651. Tit. 11. Th. I. des A. L. R. der landesherrlichen — den Vorschriften der Allerh. Ordre v. 29. Sept. 1833 (G. S. S. 121) zufolge vom Ober-Präsidenten der Provinz und resp. von den Ministerien zu ertheilenden — Genehmigung bedürfen und deren Theilnehmer in Ansehung ihrer Rechte und Pflichten, nach §. 652 a. a. O. nach dem vom Staate bestätigten Plane beurtheilt werden.

Sie fallen unter den Begriff derjenigen Institute, von denen der §. 42. Tit. 19. Thl. II. des A. L. R. sagt:

„die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andere Versorgungs-Anstalten haben die Rechte moralischer Personen"

und es kann daher in Ansehung ihrer, sobald sie unter Genehmigung der ressortmäßig dazu ermächtigten Behörden gebildet worden sind, nicht noch der speziellen Verleihung von Korporationsrechten bedürfen, um sie zu befähigen, vor Gericht, beim Hypothekenbuche und sonst nach außen hin, in die Eigenschaft juristischer Personen aufzutreten.

Dagegen liegt es hiernach in der Natur der Sache, daß die in Rede stehenden Kranken-, Sterbe- und ähnlichen Kassen gleich andern milden Stiftungen, Armen- und sonstigen Versorgungsanstalten zu ihren gerichtlichen Geschäften nach §. 34. Tit. 1. Thl. I. der A. G. O., §. 43. Tit. 19., §. 217. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R. einer Mitwirkung der Aufsichts-Behörden bedürfen, da sie ressortmäßig untergeordnet sind.

Eine Autorisation dieser Behörde zu dem vorzunehmenden Geschäfte, und eine Bescheinigung derselben, daß die für das Institut auftretenden Personen verfassungsmäßig befugt sind, dasselbe zu vertreten, muß daher in solchen Fällen jedesmal beigebracht werden. Sämmtliche Gerichtsbehörden werden hierdurch angewiesen, sich in vorkommenden Fällen nach den vorstehend entwickelten Grundsätzen zu achten.

Die K. Regierungen werden von des Herrn Ministers des Innern Exc. in gleicher Weise mit Vorbescheidung versehen werden. (Justizm. Bl. 1844. S. 206.)

Siebenter Abschnitt.

Vom Darlehns-Vertrage.

Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts, 2. Ausg., Bd. 3. S. 141—182.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 259—298.

§§. 654—660. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 198—202.

§§. 678 sqq. Der Crim. Sen. des O. L. G. zu Breslau nimmt an (Datum des Erk. konstirt nicht), daß, wenn gleich das Marginale zu §§. 678 sqq. h. t. allgemein von Militärpersonen spricht, dennoch, weil im Texte nur von Offizieren die Rede, und mit Rücksicht auf §. 700 h. t., der Fiskus nur bei Darlehnen an Offiziere hinsichtlich der Berechtigung zur Einklagung der Darlehns-Summe von dem Schuldner an die Stelle des Darlehnsgebers trete, während ihm bei Darlehnen an Unteroffiziere und Gemeine gleich den Gläubigern gegen die Schuldner kein Klagerecht zustehe. (Criminal. Zeit. 1841. S. 214.)

§. **684**. 1) Tritt die betr. Regierungs-Hauptkasse an die Stelle der Invaliden-Kasse?
Koch bejahet mit Rücksicht auf das R. v. **29.** Nov. **1809** [1]).
(Recht der Forder. Bd. 3. S. 273.)

Der Crim. Sen. des O. L. G. zu Breslau hat (Datum des Erk. konstirt nicht) das Gegentheil angenommen, da die K. O. v. **27.** Juli **1825** [2]) hiervon nichts erwähne und daher der §. 684 h. t. in dieser Beziehung für fortbestehend erachtet werden müsse.
(Criminal. Zeit. 1841. S. 214.)

2) Kann ein ohne Konsens an einen Offizier gegebenes Darlehn durch ein nach gehobener Unfähigkeit abgegebenes Anerkenntniß konvalesciren, und hat alsdann, wie auch in dem Falle, wenn das Gegebene bereits freiwillig zurückgezahlt ist, der Fiskus ein Recht, deshalb zu interveniren, oder das Zurückgezahlte in Anspruch zu nehmen?

Koch führt aus, daß, da das wirklich Gegebene d. h. das Darlehn dem Fiskus anfallen solle, die Nichtigkeit bloß auf den Darlehnsgeber für seine Person zu beziehen und es so anzusehen sei, als wenn derselbe Stellvertreter der Fiskus gewesen wäre; der Fiskus habe daher immer nur dieselbe Darlehnsklage, welche der Darlehnsgeber selbst gehabt haben würde. Daraus folge, daß so wenig ein nach Aufhebung des dem Verbote unterworfenen Verhältnisses abgegebenes Anerkenntniß des Schuldners, als die freiwillige Zurückzahlung dem Fiskus die ihm einmal erworbene Forderung entziehen könne. Der Offizier sei kein Unfähiger, das Darlehnsgeschäft auch nicht ungültig; es solle nur der Darlehnsgeber „zur Strafe" für sich keine Forderung erwerben, vielmehr diese dem Fiskus zustehen. Das ältere Recht, insbesondere die Entsch. der G. K. v. 8. Febr. **1785**, sei für das neue Recht nicht mehr maßgebend.
(Recht der Forder., Bd. 3. S. 274.)

§. **686** u. Anh. §. **20**. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **29** u. **116**.

§. **692** u. Anh. §. **21**. Vergl. ebendas.

§. **703** u. Anh. §§. **22** u. **23**. Vergl. ebendas., S. **29**, **30** u. **116**.

§§. **704**—**706** u. Anh. §. **24**. Vergl. ebendas.

§§. **730** sqq. Ist die Klage aus einem Schuldscheine über rückständigen Kaufpreis, oder rückständigen Fabriklohn, oder den Betrag anderer Forderungen, welcher auf Grund einer Berechnung ausgestellt ist, ohne Beibringung dieser Berechnung zulässig [3])?

Es bejahen:

a) das Justizministerium in dem R. v. **15.** Febr. **1841** [4]).

Die anal. Beschwerde des J. K. Dammer zu Mühlhausen v. 1. d. M. über die Zurückweisung der von ihm Namens der Gerber Mohberschen Erben wider den Handelsmann Lilny bei dem L. u. St. G. zu M. angestellten Klage erscheint nicht unbegründet. Es wird aus einer hypothekarischen Schuldverschreibung geklagt, in welcher rc. Lilny bekannt hat: dem Gerber Mohber für käuflich empfangene Wolle nach der am Tage der Ausstellung geschehenen Zusammenrechnung die Summe von 150 Rthlr. schuldig geworden zu sein. Das L. u. St. G. zu M. hat die Einleitung der Klage zur Zeit abgelehnt und auf Grund der Vorschrift §§. 866 u. 867. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. verlangt, daß entweder das Verzeichniß der vom Verklagten gekauften Wolle oder die stattgehabte Abrechnung, falls sie vollständigen Aufschluß über das Geschäft gebe, beigebracht werde. Auf die hierüber von dem rc. Dammer geführte Beschwerde hat das Königl. St. G. mittelst Verf v. 12. Jan. c. nicht nur die Verf. des Königl. L. u. St G. gebilligt, sondern auch mit Rücksicht auf §. 113. Tit. 10. der Proz. O. die Beibringung einer Specifikation der Wollkäufe und der Berechnung für erforderlich erachtet, da die Schuldverschreibung nur ein Beweismittel sei und bis zur Erledigung des gedachten Desiderats als ein documentum referens sine relato zur Substantiirung der Klage nicht genüge.

Nach der Ansicht des Justizministers kann die Einleitung der Klage, wenn außer den angegebenen Bedenken sonst keine entgegen stehen, nicht verweigert werden.

Die der Klage zum Grunde gelegte Schuldverschreibung genügt allen wesentlichen Erfordernissen eines vollständigen Schuldscheins. Sie enthält insbesondere das Bekenntniß der empfangenen Valuta, die deutliche Bestimmung worin dieselbe bestanden hat und giebt genügenden Aufschluß über den Rechtsgrund des anerkannten Schuldverhältnisses. (§. 730. Tit. 11. Thl. I. A. L. R.) Nach §. 732 a. a. O. begrün-

---

[1]) Vergl. Ergänzung. ad h. l., Bd. I. S. 649.

[2]) Vergl. a. a. O.

[3]) Vergl. Zus. 2 ad h. l., Ergänz. Bd. 1. S. 658 ff.

[4]) In dem R. v. 22. April 1836 (Ergänz. a. a. O., S. 658.) wird die entgegengesetzte Ansicht für richtig erklärt.

det ein Schuldschein die Vermuthung für die Richtigkeit alles Dessen, was darin enthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann. Danach muß im vorliegenden Fall als richtig vermuthet werden, daß der rc. Lilny von dem rc. M. Wolle gekauft und dafür 150 Thlr. schuldig geworden ist, resp. noch verschuldet. Die etwanige Entkräftung dieser Vermuthung ist die Sache des Verklagten. Daß aber ein Schuldschein nicht blos über Darlehns-Schulden, sondern namentlich auch über den bedungenen Kaufpreis gegebener Waare ausgestellt werden kann, ist im §. 720. a. a. O. ausdrücklich anerkannt. Zwar soll in einem solchen Falle das Geschäft als Kaufkontrakt bestehen und nach §§. 866 und 867 a. a. O. überhaupt jede rückständige Zahlung nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindung dazu entstanden ist, beurtheilt, also die Natur des ursprünglichen Geschäfts durch die Ausstellung eines Schuldscheins nicht geändert werden. Daraus folgt aber nur, daß die durch das ursprüngliche Geschäft begründeten gegenseitigen Rechte und Pflichten der Kontrahenten durch die Ausstellung eines Schuldscheins nicht geändert werden, daß namentlich also die Einwendungen der Verklagten, insoweit denselben nicht ausdrücklich entsagt, oder durch das im Schuldschein enthaltene Anerkenntniß nicht vorgebeugt ist (§§. 185 u. 186. Tit. 5. Th. I A. L. R.) des Schuldscheins ungeachtet bestehen bleiben. Ob aber dergleichen Einwendungen von dem Verklagten werden erhoben werden, ist abzuwarten und dem Kläger, der über das Kaufgeschäft ein vollständiges und unbedingtes Anerkenntniß sich verschafft hat, nicht zuzumuthen, denselben von vorn herein zu begegnen, wie denn überhaupt die §§. 886 und 887. cit. keine formelle Vorschrift über die Substantiirung der Klage aus einem Schuldschein enthalten. Dazu kommt im vorliegenden Fall, daß die Schuldverschreibung ins Hypothekenbuch eingetragen ist, mithin zur Begründung der Klage nur das Hypotheken-Instrument beigebracht zu werden braucht und auf Grund desselben nach §. 1. Nr. 2. der V. v. 1. Juni 1833 selbst im Mandats-Prozeß geklagt werden konnte.

Die in der Verf. des Königl. O. L. G. v. 12. v. M. angeführte Vorschrift der Proz.-Ordn. Tit. 10. §. 113, daß, wenn das produzirte Dokument sich auf ein anderes bezieht, letzteres in der Regel ebenfalls herbeigeschafft werden soll, paßt nicht auf die vorliegende Schuldverschreibung, da in derselben auf ein anderes Dokument gar nicht Bezug genommen werden wird, vielmehr nur eines Kaufgeschäfts und einer darüber gehaltenen Zusammenrechnung Erwähnung geschieht, ohne, daß irgendwie erhellt, daß darüber schriftliche Urkunden existiren. Letzteres zu vermuthen, dazu fehlt es an jedem Grunde, insbesondere kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß die Zusammenrechnung schriftlich stattgefunden habe, vielmehr deutet dieser Ausdruck nur darauf hin, daß der Verklagte aus mehreren Wollkäufen, oder aus mehreren einzelnen Posten die anerkannte Summe schuldig geworden ist. Hiernach wird das K. O. L. G. angewiesen, dem L. u. St. G. zu Mühlhausen die Einleitung der Klage, falls dieselbe sonst vollständig ist, aufzugeben. (Centralbl. 1843. S. 282., Ulrich Bd. 8. S. 534.)

b) Die App. Dep. des O. L. G. zu Halberstadt per sent. v. 20. Okt. 1841; denn die Ausstellung eines Schuldscheins über rückständige Forderungen jeder Art sei nicht allein nicht untersagt, sondern sogar durch den §. 720 h. t., in Verbindung mit §§. 866 sqq. h. t., sanktionirt. Der Schuldschein begründe aber, nach §. 732 h. t., die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, so lange nicht das Gegentheil ausgemittelt werden könne. Die §§. 866. 867 h. t. alterirten die im §. 732 h. t. anerkannte Wirksamkeit des Schuldscheins keineswegs, sondern es folge daraus nur, daß die aus dem ursprünglichen Geschäfte entspringenden Rechte und Pflichten der Kontrahenten dieselben bleiben, und daß namentlich der Schuldner durch Ausstellung des Schuldscheins nicht seine Einreden gegen die Forderung verliere. (Centralbl. 1343. S. 284., Ulrich Bd. 8. S. 539.)

c) Piners, welcher von der Grundlage ausgeht, daß die auf Grund gehaltener Berechnung ausgestellte Schuldurkunde ein constitutum debiti proprii enthalte, welches einen neuen Rechtsgrund bilde, und zu folgenden Resultaten gelangt:

α) Durch die Ausstellung einer Schuldurkunde über eine schon vorhandene Schuld tritt keine Novation ein und es bleibt also die ursprüngliche Schuld bestehen.

β) Wer eine solche Schuldurkunde in Händen hat, klagt also allerdings noch aus dem ursprünglichen seiner Forderung zum Grunde liegenden Geschäfte, und es versteht sich, daß er sich alle jene Einreden aus jenem Geschäfte gefallen lassen muß, welche dem Schuldner ursprünglich zugestanden und welche nicht nach den Bestimmungen der Gesetze etwa durch das spätere Anerkenntniß als beseitigt zu betrachten sind. (A. L. R. I. 5. §§. 185 ff.)

γ) Die Ausstellung einer Schuldurkunde und deren Annahme ist aber eine vertragsmäßige Feststellung der Schuld, und hierin liegt eine neue, der alten Obligation hinzutretende Verbindlichkeit.

Da jeder Schuldschein nach §. 732 h. t. die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, begründet, so genügt es, daß der Gläubiger sich auf diese Schuldurkunde beruft, um seine Ansprüche aus dem ursprünglichen Geschäfte zu fundiren. (Ulrich Bd. 8. S. 497.)

Dagegen verneint das L. u. St. G. zu Mühlhausen (Datum des Erk. konstirt nicht), indem es, mit Rücksicht auf §§. 742. 866. 867. h. t., verbunden mit §. 459. A. L. R. I. 16., annimmt, daß stets auf das ursprüngliche Geschäft zurückgegangen werden müsse. (a. a. O.)

§§. 738 u. 739. Koch ist der Ansicht, daß der Widerspruch der §§. 738 u. 739 h. t. und der §§. 425 u. 426. A. L. R. I. 20. nicht zu beseitigen, sondern rein zufällig sei und in einem Uebersehen Seitens des Verfassers des A. L. R. seinen Grund habe. (Recht der Forder., Bd. 3. S. 287.)

§. 740. Ist der §. 740 h. t. auf Wucher-Fälle zu beziehen?

Das Crim. Gericht zu Berlin (Datum des Erk. konstirt nicht) führt aus, daß der §. 740 h. t. den Fall voraussetze, wenn der Gläubiger durch das Versprechen der Auszahlung der vollen Valuta den Schuldner betrüglich verleite, ihm über die ganze versprochene Valuta die Schuldurkunde auszustellen und einzuhändigen, und wenn er demselben nunmehr, also ohne dessen Zustimmung, die Valuta ganz oder zum Theil vorenthalte, gleichwohl aber sie ausklage. Hiervon sei der Fall wesentlich verschieden, wenn Gläubiger und Schuldner vorher über einen Abzug von der Valuta aus irgend einem Grunde sich vereinigt hätten, der Schuldner, in Folge dieser Einigung, das Schuldbekenntniß über die ganze Valuta ausstelle, und dem Gläubiger in der Absicht übergebe, daß ihm dasselbe zu einem Dokumente über die verschriebene Summe dienen solle, und Letzterer demnächst die ganze Valuta ausklage. Für diese Auslegung des §. 740 h. t. spreche schon genügend der Umstand, daß in jenem supponirten Falle eine Täuschung des Schuldners durch den Gläubiger vorliege, wovon im letzteren Falle nicht die Rede sei, sondern nur verbotener Eigennutz in strafbarer Form vorliege. Auch spreche für diese Auslegung der besondere Grund, welcher den §. 740 h. t. nothwendig gemacht, sowie dessen aus diesem Grunde hervorgegangene Stellung im Gesetzbuche. Nach §. 723 h. t. begründe nämlich der Schuldschein die Vermuthung für die Richtigkeit dessen, was darin enthalten, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden könne, als eine praesumtio juris sofort. Diese Abweichung von dem bisherigen Römischen Rechte, wonach die volle Beweiskraft erst nach zwei Jahren eintrat, haben den Gesetzgeber veranlaßt, in dem §. 740 h. t. ein Schutzmittel des Schuldners festzusetzen, wonach sich dessen Stellung erkläre. (Criminal. Zeit. 1841. S. 119.)

§. 750. und Anh. §. 25. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh. S. 30 u. 116.

§. 753. 1) Steht der Ehefrau, welche mit dem Aussteller eines Schuldscheins in der ehelichen Gütergemeinschaft gelebt hat, aus §. 753 h. t. der Einwand der Verjährung zu[1])?

a) Schadenberg (L. u. St. G. Rath) bemerkt, daß die Frage nur entstehen könne, wenn die Ehefrau Erbin oder Miterbin des Ehemannes geworden, und daß dieselbe bejahet werden müsse. Denn der §. 753 h. t. habe den Einwand allen Erben ohne Ausnahme gegeben; auch spreche hierfür der Grund des Gesetzes, nämlich daß durch Ablauf des zehnjährigen Zeitraums die Vermuthung entstehe, daß der Gläubiger während der Lebenszeit des Erblassers befriediget sei. Diese Vermuthung sei ohne Rücksicht darauf, wer Erbe sei, begründet. Eine Ehefrau die nicht Erbin ihres Mannes geworden, könne dagegen gar nicht in die Lage kommen, von der Präskription aus §. 753 h. t. wegen einer einseitigen Schuld ihres verstorbenen Ehemannes Gebrauch zu machen, da wegen einer solchen Schuld, wie aus der Theorie der Gütergemeinschaft näher gezeigt wird, keine Klage gegen sie statt finde. (Jur. W. 1844. S. 837.)

b) Koch bemerkt, daß die Wittwe, welche aus der Gütergemeinschaft verpflichtet ist, nicht zu den Erben gehöre, und daß, wenn in Beziehung auf sie die Urkunde beweise, aus der Masse bezahlt werden müsse, weil die Wittwe für ihre Person nicht verhaftet sei. Die Gründe der Bestimmung träfen hier ebenfalls zu, vorausgesetzt, daß die Ehefrau sich um die Geschäfte ihres Mannes nicht bekümmert habe. Wenn der Schuldschein gelte, so werde dem Erben der Vortheil, welchen ihnen der §. 753 h. t. zuspreche, entzogen; wenn er nicht gelte, so erlange die Wittwe, also eine zu den Erben nicht gehörige Person, einen ihr nicht zukommenden Vortheil, und wenn die Schuld verhältnißmäßig getheilt werde, so widerspreche dies dem Grundsatze, daß

---

[1]) Vergl. Zus. 4 ad h. l. (Ergänz. Bd. I. S. 664.)

durch eine auf die Gütergemeinschaft gültig kontrahirte Schuld nicht ein einzelner Antheil derselben, sondern das Ganze in solidum hafte. Das Vernünftigste sei die Meinung, nach welcher in dem Falle, wo eine Gütergemeinschaft verhaftet und noch Einer der Eheleute und Mitschuldner vorhanden ist, der von dem verstorbenen Gemeinschafter ausgestellte Schuldschein beweise. Dies gelte um so mehr, wenn die überlebende Ehefrau den Schuldschein mit unterschrieben habe, welcher Umstand bei einer der übrigen möglichen Meinungen in Beziehung auf die Erben folgerecht keinen Einfluß würde haben können. (Recht der Forder., Bd. 3. S. 290.)

2) Wenn der Gläubiger mit Hinterlassung unmündiger oder unbekannter Erben verstorben ist, die mit der Verwaltung der Erbschaft beauftragten Fremden von der Forderung nichts wissen und der Schuldschein erst nach zehn Jahren nach des Schuldners Tode gefunden wird, findet alsdann auch kein Beweis durch denselben mehr statt?

Koch bemerkt, daß dies zu verneinen sei, wenn die Zeitbestimmung des §. 753 h. t. keine Präskription, sondern nur eine Frist zu einer gewissen Prozeßhandlung (Produktion des Instrumentes) sei; dagegen zu bejahen, wenn eine wirkliche Verjährung gemeint sei. Er bemerkt sodann, daß der §. 753., wie die Materialien ergäben[1]), eine wirkliche Verjährung festsetze. (Recht der Forder., Bd. 3. S. 289.)

§§. 778 sqq. Dorguth, abstrakte und kasuistische Uebersicht der Gesetze von der Restitution des Darlehns. (Jur. W. 1843. S. 281.)

§. 779. Ist die im §. 779 h. t. aufgestellte Vermuthung eine praesumptio juris et de jure?

Bielitz bejahet. (Komment. Bd. 2. S. 674.)

Bornemann verneint, denn bei Darlehnen müsse immer das re vera Gegebene zurückerstattet werden. (System., 2. Ausg., Bd. S. 163. Note 3.)

§. 781. Wenn der Schuldschein über ein Darlehn auf Gold lautet, so wird nach §. 781 h. t. zwar vermuthet, daß die Valuta in Preußischen Goldmünzen gegeben sei; es ist aber Gegenbeweis zulässig. Denn der §. 781 h. t. will den Hauptgrundsatz des §. 778 h. t. nicht ändern, sondern nur eine Vermuthung aufstellen, in was für Sorten Geld das Darlehn gegeben worden. Daß dahin der Sinn des Gesetzes geht, ist aus dem Zusammenhange mit den vorhergehenden Vorschriften, aus der Fassung des §. 781 h. t. selbst, und aus der Natur der Sache klar. (Jur. W. 1845. S. 48.)

§§. 785 u. 786. Vergl. die K. O. v. 4. Aug. 1832., betr. die Anwendung der neueren Münzbestimmungen auf Zahlungen, die in fremden Münzsorten stipulirt worden sind. (G. S. 1832. S. 207., Ergänz. zum A. L. R. II. 13, Bd. 6. S. 65.)

§§. 804—809. Wegen des Zinsfußes in Westpreußen vergl. Westpreuß. Provinz. R. §. 7. (G. S. 1845. S. 105., oben S. 4.)

§. 827. Anh. §. 26. 1) Ueber das Geschichtliche der Gesetzgebung über die Berechtigung und Verpflichtung des Fiskus hinsichtlich der Zinsen, vergl.:

a) Löwenberg's Material. des Anh., S. 31 und 216.

b) Dessen Beiträge zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung, Bd. I. S. 203 bis 212, Abhandl. Nr. IV.

2) G. v. 7. März 1845 über die Verpflichtung des Fiskus zur Zahlung von Zögerungszinsen.

Wir Friedrich Wilhelm 2c. Um den von den getreuen Ständen mehrerer Provinzen vorgetragenen Wünschen wegen Aufhebung des fiskalischen Vorrechts hinsichtlich der Zögerungszinsen möglichst zu entsprechen, verordnen Wir, unter Abänderung des §. 3. des G. v. 7. Juli 1833, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths für den ganzen Umfang der Monarchie was folgt:

Der Fiskus soll fortan auch in Ansehung der Verbindlichkeit, Zögerungszinsen zu zahlen, in Friedenszeiten den Privatpersonen völlig gleichgestellt sein.

Dagegen soll derselbe während der Dauer eines Krieges von den bis zu dessen Ausbruch gegen ihn noch nicht rechtskräftig festgestellten oder während des Krieges fällig werdenden Forderungen Zögerungszinsen

---

[1]) Vergl. Zus. 1. ad h. l. (Ergänz. Bd. I. S. 664.)

erst von dem Tage an zu entrichten verbunden sein, an welchem das Erkenntniß über die Forderung rechtskräftig wird. Urkundlich ꝛc. (G. S. 1845. S. 158.)

3) Ist der Fiskus bei der zwangsweisen Abtretung von Eigenthum zu Staatszwecken schuldig Zinsen zu zahlen?

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 21. Jan. 1843 bejahet, da dergleichen Zinsen zu den im §. 2. des G. v. 7. Juli 1833 bezeichneten zu rechnen, indem die zwangsweise Abtretung von Eigenthum zu Staatszwecken als Verkauf zu betrachten sei (A. L. R. I. 11. §§. 5—9.), weshalb die für die Kontrakts-Verhältnisse bestimmten Regeln in Anwendung zu bringen. Wenn nun gleich der §. 227 h. t. die Zinsen, welche der Käufer vom Kaufgelde zu zahlen habe, als Zögerungs-Zinsen bezeichne, so gehörten solche doch nicht zu den eigentlichen Zögerungs-Zinsen[1]), von welchem Fiskus nach §. 3. des G. v. 7. Juli 1833 befreit sei, sondern es griffen hier die Regeln der §§. 109 und 221 h. t. durch. Auch sprächen hierfür die §§. 74 und 75 der Einleit. und die §§. 29—31. des A. L. R. I. 8.
(Ulrich Bd. 9. S. 119.)

§. 843. Steht dem Gläubiger, welcher ohne Vorbehalt über das Kapital quittirt hat, nur die Vermuthung entgegen, daß die vorbedungenen Zinsen bezahlt oder erlassen worden, oder verliert er das Recht, dieselben nachzufordern?

Das Geh. Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 11. Mai 1839 (s. Zus. 2. ad h. l., Ergz. Bd. 1. S. 685.) das Erstere angenommen.

Dagegen vertheidigen die letztere Alternative:

a) Bornemann; denn hätte der Gesetzgeber im §. 843 h. t. nur eine Vermuthung aufstellen wollen, so würde er sich der im §. 842 h. t. gebrauchten Worte auch im §. 843 bedient haben. Der wahre Sinn der Worte: „sind für bezahlt oder erlassen zu achten" erhelle, abgesehen von der Wortfassung des §. 843, aus dem §. 847 h. t., worin, offenbar mit Hinblick auf §. 843, bestimmt worden, daß vorbedungene mit dem Kapital nicht eingeklagte Zinsen nicht nachgefordert werden können, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden. Denn eine ratio differentiae zwischen Zinsen, die von einem klagbar gemachten Kapitale zu entrichten sind, und Zinsen, welche zu einem nicht klagbar gemachten Kapitale gehören, scheine in der vorliegenden Beziehung nicht obzuwalten. Es solle in beiden Fällen Zahlung oder Erlaß angenommen werden. Es liege also hier der Fall eines stillschweigenden Erlasses (A. L. R. I. 16. §. 105) vor. (System. 2. Ausg., Bd. 3. S. 180.)

b) Rören (O. L. G. Ass.), welcher aus der nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche und nach der landrechtlichen Terminologie anzunehmende Bedeutung der Worte: „für bezahlt oder erlassen zu achten" deducirt, daß damit keine bloße Vermuthung aufgestellt sei, und ausführt, daß der Gesetzgeber eben dadurch, daß er in den §§. 842 u. 843 sich verschiedener Wendungen und Ausdrücke bedient, angedeutet habe, daß er für beide Fälle Verschiedenes habe bestimmen wollen. Auch ergebe der §. 847 h. t. unzweifelhaft, daß im §. 843 h. t. nicht eine bloße Vermuthung enthalten sei. (Ulrich Bd. 9. S. 137.)

§§. 844—848. 1) Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 9. Sept. 1843 den Rechtssatz angenommen, daß Verzugszinsen, die nicht auf einem Urtel beruhen, nicht nachgefordert werden können, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, mag über die Zahlung des Kapitals ein Erkenntniß ergangen sein oder nicht. Denn wenn ein Urtel auf Zahlung von dergleichen Zinsen vorhanden sei, so werde dadurch die Verbindlichkeit des säumigen Schuldners gesetzlich festgestellt, den Gläubiger für den ungebührlich fortgesetzten Gebrauch des Kapitals zu entschädigen. Diese Entschädigungsforderung könne daher durch Quittungsleistung über das Kapital, oder Rückgabe des Schuldscheins, nach §. 844 h. t., nicht mehr verloren gehen, weil sie neben dem Anrechte auf das Kapital rechtlich bestehe, und Verzichtleistungen auf erwachsene Rechte eine ausdrückliche Willenserklärung erforderten (A. L. R. I. 16. §. 381.).

---

[1]) Auch zu solchen ist der Fiskus in Friedenszeiten, nach dem G. v. 7. März 1845 (s. oben) verbunden, weshalb die obige Entscheidung nur noch von bedingtem Interesse ist.

Sei dagegen über die Zinsforderung noch nicht erkannt, so stehe eine Entschädigungs-Verpflichtung des Säumigen nicht fest, möge über das Kapital ein Prozeß geschwebt haben, oder nicht. Sowie bei einer zu früh geleisteten Zahlung von den Zahlenden keine Entschädigung an Zinsen für die Zwischenzeit bis zum Eintritt des Termins gefordert werden dürfe (§. 168. A. L. R. I. 16.), so könne auch der Empfänger einer zu spät angenommenen Zahlung keine Nachforderung wegen der für den Verzug sonst stattfindenden Entschädigung machen. Wenn im Falle des §. 845 h. t. keine Verzugszinsen nachgefordert werden dürften, so könne dies um so weniger geschehen, wenn noch gar kein bestimmter Termin des Eintritts des Verzugs unter den Partheien durch Erkenntniß feststehe. (Entsch. Bd. 9. S. 225., Jur. W. 1843. S. 811.)

2) Der Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 29. Sept. 1845 nimmt an:

a) Verzugs-Zinsen, welche bei Einklagung des Hauptstuhls der Forderung nicht zugleich mit eingeklagt worden sind und worauf der Richter nach §. 58. A. G. O. I. 23. nicht von Amtswegen erkannt hat, können in einem späteren Prozesse nicht mehr nachgefordert werden.

b) Verzögerungs-Zinsen, welche vom Tage des ergangenen Urtels zu laufen anfangen, können dagegen so lange gefordert und eingeklagt werden, als noch nicht über das erstrittene Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist. (Justizmin. Bl. 1845. S. 206.)

3) Geck (O. L. G. Ass.) nimmt an, daß, ausgenommen im Falle des §. 845 h. t. (nämlich wenn über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden), die Nachforderung übergangener Verzugszinsen stets zuläßig sei. Die entgegengesetzte Annahme widerspreche den Regeln der Interpretation; überdieß würden die Redaktoren, wenn sie zu dem Grundsatze des Römischen Rechts von der Unselbstständigkeit aller Verzugs-Zinsen hätten zurückkehren wollen, dies gewiß ausdrücklich ausgesprochen, namentlich aber das Wort: „geforderte" im §. 848 h. t. weggelassen und den §. 845 h. t. auf die sogenannte usurae rei judicatae beschränkt haben. (Ulrich Bd. 11. S. 120.)

§. 849. 1) Das Geh. Ob. Trib. hat die durch den Plenarbeschl. v. 11. März 1839[1]) festgestellte Ansicht, daß der §. 849 h. t. bloß von vorbedungenen Zinsen zu verstehen sei, auch in dem Erk. v. 23. Sept. 1842 zum Grunde gelegt. (Centralbl. 1842. S. 827.)

2) Das Geh. Ob. Trib. hat mittelst Plenarbeschl. v. 19. Sept. 1842 festgestellt, daß unter den, nach §. 153. A. L. R. I. 16., bei der Zahlung vornweg abzurechnenden Verfall-Zinsen nicht bloß vertragsmäßige, sondern auch Verzugszinsen zu verstehen sind. (s. Zus. 1. zum §. 153. A. L. R. I. 16., Ergänz. Bd. 2. S. 200.)

Eggert bemerkt, daß dieser Plenarbeschl. anscheinend nicht mit dem Plenarbeschluß vom 11. März 1839 vereinbar sei, wonach Verzugszinsen der zehnjährigen Verjährung nicht unterworfen seien, und sucht darzuthun, daß unter rückständigen Zinsen zwar vorbedungene und Verzugszinsen verstanden werden, die zehnjährige Verjährung jedoch bei beiden nur ausnahmsweise in bestimmten Fällen eintrete, so daß also nicht nur Verzugs-Zinsen, sondern auch vorbedungene aus §. 849 h. t. der zehnjährigen Verjährung in der Regel nicht unterliegen, wobei sich indeß jetzt das praktische Interesse bei der Interpretation auf Verzugszinsen beschränke, da, nach §. 2. des G. v. 31. März 1838, die Rückstände vorbedungener Zinsen der vierjährigen Präscription unterworfen sind. (Centralbl. 1843. S. 553 ff.)

§§. 866—868. 1) Ueber die Frage: ob die Klage aus einer auf Grund gehaltenem Berechnung über gegenseitige Forderungen ausgestellten Schuldscheine ohne Beibringung dieser Berechnung angestellt werden könne? vergl. Zus. §§. 730 sqq. h. t. (Oben S. 60.)

2) Reinhard (O. L. G. Ass.) führt aus, daß in den §§. 867 u. 868 h. t. nur ausgesprochen sei, daß durch eine einseitig ausgestellte Urkunde die Natur der ursprünglichen Verpflichtung gar nicht geändert werde, wenn gleich der Mitkontrahent dieselbe in Empfang genommen habe. Denn dazu (zur Novation) würde gehören, daß jener es ausdrücklich gestattet habe, daß die neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten eintrete, resp., daß er jene in den Fällen des §. 455. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. ausdrücklich (und zwar bei Objekten über

---

[1]) Vergl. Ergänz. ad h. l., Bd. 1. S. 688.

50 Rthlr. schriftlich) genehmiget habe. Hieraus folge, daß aus einer solchen Urkunde die darin neu enthaltene Hauptverpflichtung nicht ausgeklagt werden könne (§. 867 h. t.), welches aber wohl der Fall sei, wenn dieselbe zugleich das Nöthige zur Begründung der Klage aus dem ursprünglichen Geschäfte enthalte, oder wenn der Empfangnehmer zugleich eine rechtsgültige Novation dadurch erweisen könne. (Ulrich Bd. 9. S. 622.)

Achter Abschnitt.

Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden.

Bornemann, systematische Darstellung (2. Ausg.), Bd. 3. S. 182 ff.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 823—826.

§§. 894—924. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 810—815.

§§. 925—980. Haase, de opere locato et conducto Romanorum Commentatio grammatica et historica. Lips. 1814.
Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 816—823.

§. 981. Unterschied zwischen Kauf- und Lieferungs-Verträgen.

a) Das Geh. Ob. Trib. setzt den wesentlichen Unterschied darein, ob thatsächlich anzunehmen, daß der Verpflichtete die Sache, deren Eigenthum auf den anderen Kontrahenten übergehen soll, zur Zeit des Abschlusses des Vertrages schon besessen habe oder nicht, daß es aber im Uebrigen bei Prüfung der rechtlichen Natur des Vertrages nicht auf die Bezeichnung ankomme, welche die Partheien ihm gegeben.

(Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 4. Okt. 1843, 11. Nov. 1843, Gräff's Archiv, Bd. I. H. 2. S. 61. u. 64, und v. 18. Okt. 1845, Jur. W. 1845. S. 818.)

b) Die Dep. des O. L. G. zu Breslau hat in dem Erk. v. 24. Aug. 1844 dieselbe Ansicht angenommen. (Gräff, a. a. O., S. 67.)

c) Koch stellt den Lieferungs-Vertrag als den umgekehrten Trödel-Vertrag dar. Sowie der Trödel-Vertrag wesentlich ein Auftrag zum Verkaufe sei, und folglich sich, wenn er ausgeführt werde, zuletzt in ein Kaufsgeschäft auflöse, so sei der Lieferungs-Vertrag ein Auftrag zum Ankaufe, dessen Ausgang wieder ein Kauf sei, weshalb nach der Erfüllung die Grundsätze des Kaufs einträten.

(Recht der Forder., Bd. 3. S. 836.)

d) Hassenpflug (Geh. Ob. Trib. Rath), Abhandlung über das Lieferungsgeschäft, zur Erläuterung des eigentlichen Sinnes der §§. 981 bis 987. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R.

Der Verfasser bestreitet die Richtigkeit der Koch'schen Ansicht, daß im Lieferungs-Vertrage ein Auftrag zum Ankaufe liege; denn es würde dann nicht möglich sein, daß der Lieferant in dem Falle sein könnte, die im Auftrag angekauften Sachen noch durch einen besonderen Kaufvertrag zu übermachen. Die in dem Abschluß eines Lieferungsgeschäfts liegende indirekte Aufforderung an den Lieferanten, sich zu bemühen, die zu liefernden Gegenstände sich anzuschaffen, um sie demnächst liefern zu können, lasse sich nicht als einen Auftrag bezeichnen.

Sodann wird ausgeführt, daß der Lieferungs-Vertrag, obwohl demselben seine Stelle im System des A. L. R. unter den Verträgen über Handlungen angewiesen worden, dennoch nicht als Vertrag über Handlungen aufgefaßt werden dürfe. Denn derselbe enthalte in seinem, ihn selbst charakterisirenden Wesen nichts, was im Rechtssinne als Handlung gelten könne, indem die präparatorischen Handlungen, wozu er Veranlassung gebe, sich nicht als im Vertrage enthalten ansehen ließen, der Akt, in welchem die Kontraktserfüllung wirklich liege, aber, nicht eine Handlung enthalte, sondern durch ein Geben vollzogen werde. Nur der Punkt, daß bei dem Lieferungsgeschäfte durch die Uebernahme des Verschaffens die Voraussetzung hingestellt werde, daß der Lieferant sich nicht in dem Falle befinde, unmittelbar die Uebergabe zu leisten, begründe allein das Merkmal der Verschiedenheit des Lieferungs-Vertrages vom Kaufkontrakte.

Es wird nun, unter Bezugnahme auf die Suarez'sche Rechtfertigung der in Rede stehenden Bestimmungen in der revisio monitorum, zu zeigen gesucht, daß die Auffassung des Lieferungs-

Vertrages als eines contractus de ut facias, an den sich ein Kaufkontrakt anschließe, auf einem bloßen Mißverständnisse beruhe. Der §. 981 h. t., welcher einen Lieferanten definiren wolle, gehe offenbar von dessen durch das Leben begründeten Existenz aus, die durch die vorausgeschickte Beschreibung nach ihrer rechtlichen Seite hin auseinandergesetzt werden solle. Aus diesem Gesichtspunkte aufgefaßt spreche der §. 981 nur aus, daß das Wesentliche, die rechtliche Stellung eines Lieferanten in sich fassende darin liege, daß ein solcher für einen bestimmten Preis eine bestimmte Sache zu verschaffen übernehme. Da diese Definition indeß nicht erschöpfend sei, so müsse sie durch Vermittelung der richterlichen Beurtheilung ergänzt werden, worauf auch der §. 981 selbst hinweise, wenn er auf das im gemeinen Verkehr Angenommene Bezug nehme. Die richterliche Beurtheilung müsse, von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ausgehend, feststellen, ob das zur Kognition gelangende Verhältniß für ein solches gelten könne, das nach allgemeiner Auffassung im gewöhnlichen Leben dem Uebernehmer die Benennung eines Lieferanten verschaffe. Der specielle Inhalt des Kontrakts, die Größe des ganzen Unternehmens, und hier denn auch insbesondere die dem Uebernehmer im Kontrakte beigelegte Bezeichnung als Lieferant, werde die Anhaltspunkte gewähren, um einen Lieferungsvertrag im wahren Sinne dieses Geschäfts herauszufinden. (Jur. W. 1845. S. 793 ff.)

§§. 984—986. Ueber das rechtliche Verhältniß des Lieferanten zu dem Besteller, insbesondere darüber: ob der Lieferant es sich schlechthin gefallen lassen müsse, daß der Besteller willkührlich zurücktrete, und ihm nur der Anspruch auf vollständige Entschuldigung zustehe, oder ob dem Lieferanten vorweg die Klage gegen den Besteller auf Erfüllung des Vertrages zustehe und dem Besteller nur freistehe, den Beweis zu führen, daß eine Veränderung der Umstände eingetreten sei, die ihn zum Rücktritt berechtige? hatten sich bei dem Geh. Ob. Trib.[1]) verschiedene Ansichten kund gegeben, weshalb die streitigen Fragen an das Plenum gebracht worden sind.

Der hierauf gefaßte Plenarbeschl. v. 19. Sept. 1845 lautet dahin:

Bei dem dritten Sen. des Kollegiums haben sich über das rechtliche Verhältniß des Lieferanten zu dem Besteller, insbesondere darüber verschiedene Ansichten kund gegeben:

ob der Lieferant es sich schlechthin gefallen lassen müsse, daß der Besteller willkührlich zurücktrete, und ihm nur der Anspruch auf vollständige Entschädigung zustehe,

oder

ob dem Lieferanten vorweg die Klage gegen den Besteller auf Erfüllung des Vertrages zustehe und dem Besteller nur freistehe, zu beweisen, daß eine Veränderung der Umstände eingetreten sei, die ihn zum Rücktritt berechtigen,

sowie über einige verwandte, die Deutung der §§. 984—986 Tit. 11. Thl. I. des L. R. betreffende Frage. Die erste der oben ausgehobenen Alternativen ist in dem im 8. Bande der Entscheidungen S. 267 abgedruckten Urtel v. 26. Nov. 1842 vertheidigt worden, für die zweite hat der gedachte Senat in der Sitzung v. 4. April d. J. sich bestimmt. Die diesfällige Streitfrage ist deshalb an das Plenum gebracht worden.

Nachdem in heutiger Sitzung die erstatteten Relationen verlesen worden und das Kollegium sich für kompetent erachtet hatte, wurde die Debatte eröffnet.

Zur Vertheidigung der älteren Meinung wurde noch angeführt, daß man zu Unrecht den Lieferungsvertrag zu einer besonderen Gattung von Verträgen mache und einen Unterschied zwischen dem Leisten und dem Geben machen wolle, daß vielmehr dieser Vertrag in seinem wesentlichen Charakter nur eine Species des Kaufs sei — daß ferner bei der Redaktion des A. L. R. die Absicht vorgewaltet habe, für die wichtigsten Fälle des Lieferungs-Vertrages der Provlantirung der Armeen und Magazine den Staat gegen exorbitante Forderungen der Lieferanten sicher zu stellen.

Die Gegner wollten sich hierdurch um so weniger für widerlegt halten, als die Unterordnung des Lieferungs-Vertrages unter den Kauf nur um so klarer die Befugniß des Lieferanten herausstelle, Erfüllung des Vertrages fordern zu dürfen, und wenn das Gesetz für einzelne Gattungen der Verträge dem einen Theil ganz ungewöhnliche Vortheile und Befugnisse zugestehe, die Anwendung dieser Vorschriften nur die strikteste Deutung finden dürfen.

Nach geschlossener Diskussion wurde daher die Frage gestellt:

„Finden die Vorschriften der §§. 984—986. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. nur alsdann Anwendung" wenn der Besteller den Nachweis führt, daß ihm die Lieferung zu dem bedungenen Zwecke unnütz oder unbrauchbar geworden?

und bejaht.

---

[1]) Das Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 26. Nov. 1842 (Entsch. Bd. 8. S. 267., Gräff Arch. Bd. I. H. 2. S. 69.) nimmt in Betreff der oben speciell ausgeworfenen Streitfrage die erstere Alternative an.

Ferner:

Wird der Lieferant dadurch, daß er die angebotene, aber zurückgewiesene Sache privatim anderweit veräußert, unbedingt seines ganzen Anspruchs an den Besteller verlustig?

verneint.

zuletzt:

„Kann er einfach auf Zahlung des bedungenen Preises gegen Uebernahme der versprochenen Sache klagen?“ oder

„stets nur alternativ auf Annahme oder Verkauf derselben auf Gefahr und Kosten des Bestellers?“ für die erste Alternative entschieden.

Das Kollegium erhebt daher folgende Grundsätze:

I. Die Vorschriften des A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 984—986 vom Lieferungsvertrage finden nur alsdann Anwendung, wenn der Besteller den Nachweis führt, daß ihm die Lieferung zu dem bedungenen Zwecke unnütz oder unbrauchbar geworden — nicht aber auch alsdann, wenn er aus reiner Willkühr den Vertrag widerruft.

II. Dadurch, daß der Lieferant die angebotene, aber zurückgewiesene Sache privatim anderweit veräußert, wird er noch nicht seines ganzen Anspruchs an den Besteller verlustig.

III. Der Lieferant ist nicht nicht verpflichtet, alternativ auf Annahme oder öffentlichen Verkauf der Sache auf Gefahr und Kosten des Bestellers zu klagen, — sondern darf auch einfach auf Zahlung des bedungenen Preises gegen Uebernahme der versprochenen Sache Klage erheben.

(Justizmin. Bl. 1845. S. 196.)

§§. **988—995.** Koch, Recht der Forderungen. Bd. 3. S. 837—838.

§§. **996—1036.**

Linguet, Betrachtungen über die Rechte des Schriftstellers und seines Verlegers. Aus dem Französischen (v. Ph. E. Reich). Bremen. 1778.

Rössig, Handbuch des Buchhandlungsrechts, systematisch dargestellt, für Rechtsgelehrte ꝛc. Leipzig. 1804.

Dupree, Beiträge zur Revision der Theorie des Pacht- und Buchhandel-Kontrakts, mit besonderer Rücksicht auf die neueren französischen Gesetze. Landshut. 1810.

Krug, Schriftstellerei, Buchhandel und Nachdruck, rechtlich, sittlich und kläglich betrachtet. Eine wissenschaftl. Prüfung des Wompenheimschen Vortrags darüber beim Bundestage. Leipzig. 1823.

Penzenkuffer, über das Rechtsverhältniß zwischen Schriftsteller und Verleger. Nürnberg. 1823.

Koch, Recht der Forderung., Bd. 3. S. 719—729.

Bornemann, systemat. Darstellung ꝛc. (2. Ausg.), Bd. 3. S 194—210.

Ist der Buchhändler das von einem Werke vertragsmäßige ihm zustehende Verlagsrecht ohne Zustimmung des Verfassers zu veräußern berechtiget?

Koch unterscheidet in dieser Beziehung die Forderungsrechte aus dem Verlagsvertrage von dem Verlagsrechte selbst, und bemerkt, daß letzteres ein selbstständiges Recht und als solches ein Gegenstand des Verkehrs sei, dessen Veräußerung der Veräußerer nicht hindern könne. Wenn aber die Erwerbung noch nicht vollendet (die Uebergabe noch nicht geschehen sei) so habe der erwerbende Kontrahent ein bloßes Forderungsrecht, von welchem die Regeln von Cessionen der Forderungen aus einem zweiseitigen Vertrage gelten. (Recht der Forderung., Bd. 3. S. 723.)

Neunter Abschnitt.

Von Schenkungen.

Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3. S. 135—195.

Bornemann, Systematische Darstellung ꝛc. (2. Ausg.), Bd. 3. S. 210—230.

§§. **1040—1045.** Finden die Vorschriften darüber, unter welchen Verhältnissen und Umständen die Absicht zu schenken vermuthet wird, in dem Falle Anwendung, wenn Jemand für den Anderen eine Schuld bezahlt?

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. **17.** April **1841** verneint. Denn die §§. **1040** bis **1045** h. t. erwähnten nur des Gebens von Sachen und Geldern, und setzten mithin eine körperliche Uebergabe voraus, an welcher es fehle, wenn das zum Besten eines Andern verwandte Geld demselben nicht überliefert, sondern damit nur für ihn eine Schuld an einen Dritten bezahlt worden. In letzterem Falle trete der Zahlende vermöge des Gesetzes in die Rechte des bezahlten Gläubigers, und um dieses Verhältniß zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner zu lösen, reiche es nicht hin, daß zwischen beiden ein Verhältniß bestehe, welches für das Geben von Sachen und Geldern die Vermuthung der Schenkung begründe, vielmehr bedürfe es dazu noch einer anderweitig geeigneten Thatsache. (Entsch. Bd. 7. S. 93.)

§. **1048.** Ueber die Frage: ob derjenige, der einem Anderen eine unbewegliche Sache un-

ter der Vereinbarung, daß derselbe eine bestimmte Person heirathe, abgetreten hat, diesen Vertrag noch, nachdem der Andere die bezeichnete Person wirklich geheirathet hat, wegen Mangels der schriftlichen Form anfechten könne? vergl. den Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 7. Nov. **1845.** (Justizmin. Bl. 1845. S. 232., s. zum Tit. 5 §. 165., oben S. 17.)

§. **1070** u. Anh. §. **27.** Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. **31**, **32**, **116** u. **117**.

§§. **1113** u. Anh. §. **28.** Vergl. a. a. O., S. **32** und **117**.

§§. **1129—1133.** Zum G. v. **26.** April **1835**, über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger.

1) Vergl.

a) über die Motive des Gesetzes den Aufsatz in Dr. Löwenberg's Beiträgen zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung, Bd. **1.** S. **672—692.** Nr. **22.**

b) X., Bemerkungen zu dem G. v. **26.** April **1835** über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner. (Eine Kritik des Gesetzes.) (Centralbl. 1843. S. 474.)

2) Verleihet die Bestimmung des §. **1.** des G. v. **26.** April **1835** den Gläubigern außer dem Konkurse auch die, den Konkurs-Gläubigern im §. **50.** A. G. O. I. **50.** beigelegte Befugniß, Erbschaftsentsagungen des Schuldners zu widerrufen?

a) Das Geh. Ob. Trib. hat in dem Erk. v. **10.** Jan. **1843** und v. **28.** Febr. **1845** verneint, weil der §. **1.** des G. v. **26.** April **1835** ausdrücklich nur den §. **49.** A. G. O. I. **50** citire, woraus folge, daß die Nichtaufnahme des §. **50** mit entschiedener Absicht geschehen sei. (Entsch. Bd. 8. S. 250. u. Bd. 10. S. 476.)

b) Bornemann dagegen bejahet. Die Absicht des G. v. **26.** April **1835** sei deutlich dahin ausgesprochen, daß die Gläubiger in Ansehung der von ihrem Schuldner gemachten Schenkungen sowohl in, als außer dem Konkurse einander ganz gleich stehen sollten. Es habe dazu eben nur des Ausspruchs dieses Grundsatzes bedurft, und darum auch nur der Allegirung des §. **49.** A. G. O. I. **50.** Für die weitere Anwendung des Grundsatzes habe der Gesetzgeber keine Vorschriften ferner ertheilen können; er habe mithin auch nicht den §. **50.** cit. aufnehmen können. (System, 2. Ausg., Bd. 6. S. 298.)

c) Vergl. Zus. zur A. G. O. I. **50.** §§. **49** u. **50.**

Zwölfter Titel.

Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche aus Verordnungen von Todes wegen entstehen.

Erster Abschnitt.

Von Testamenten und Kodizillen.

§§. **3** ff. Die, in einem mit den formellen Erfordernissen eines Testaments errichteten Nachzettel zu einem frühern Testamente, enthaltene Disposition, ist für sich selbst, auch wenn dieses frühere Testament aus irgend einem Grunde nicht bestehen könnte, als ein gültiges Testament zu erachten, wofern aus derselben der Wille des Testators, den Inbegriff seines Nachlasses einer gewissen Person zuwenden zu wollen, deutlich erhellet, — sollte auch der eigentliche Zweck des Nachzettels nicht der gewesen sein, diesen Willen auszusprechen.

So erkannt vom Geh. Ob. Trib. unt. **21.** Juni **1844.**

Der Umstand bemerkt dasselbe, daß der Testator die fragliche Disposition nicht Testament genannt, sondern nur als Nachzettel bezeichnet habe, und daß der eigentliche Zweck derselben nicht die Erbeseinsetzung, vielmehr den Widerruf der in dem früheren Testamente verfügten Legate zum Gegenstande gehabt, sei unerheblich, da nach §. **3** h. t. jede einseitige

Willenserklärung, wodurch Jemand zum Erben einer Verlassenschaft berufen wird, als ein Testament anzusehen ist. Es komme also nur darauf an, ob dies Merkmal sich vorfinde. Dies sei hier der Fall, da nach §. 4 h. t. jede Erklärung eines Testators, aus welcher erhellt, daß er nach seinem Tode den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden wolle, für eine Erbeseinsetzung zu erachten sei, mithin auch eine solche Erklärung, deren Zweck nicht der gewesen, diesen Willen auszusprechen, aus welchem aber gleichwohl dieser Wille erhelle. (Entscheid. Bd. 10. S. 125 ff.)

§§. 11. 14. 15. Bornemann bemerkt rücksichtlich des §. 14, wahrscheinlich habe man bei Abfassung desselben, da in den Gesetzen die Unfähigkeit zu testiren als Strafe eines Verbrechens nirgends ausgesprochen worden, daran gedacht, daß gewisse Verbrechen mit dem Verlust des Vermögens bestraft werden. Daß aber in dem Falle, wenn Jemand sein ganzes Vermögen verwirkt hat, auch die vorher errichteten letzwilligen Verordnungen ihre Kraft verlieren, verstehe sich so sehr von selbst, daß es deshalb keiner besonderen Bestimmung bedurft habe. (System. Darst. des Pr. Civilr. §. 358. 2. Ausg. Bd. 6. S. 15.)

§§. 20—22. Bornemann theilt über die Entstehung dieser Vorschriften das Folgende mit, woraus derselbe den entgegengesetzten Schluß, wie die Gesetzrevisoren, ziehen (edit. II. S. 6.) daß man nämlich die im L. R. I. 4. §. 24 aufgestellte Regel habe aufrecht erhalten wollen.

Der ungedruckte Entwurf enthielt bloß die nachstehende Bestimmung:

Personen, die nur zuweilen ihres Verstandes beraubt werden, können in lichten Zwischenräumen gültig testiren.

Suarez bemerkte hiergegen:

Diese zu unzähligen Prozessen Anlaß gebende Disposition muß m. v den allgemeinen Grundsätzen von Willenserklärungen gemäß eingerichtet werden. Nach diesen sind die dispositiones solcher Personen ungültig, ohne Rücksicht, ob sie in dilucido intervallo gemacht worden oder nicht. Daß aber Jemand sich in einem solchen Zustande befinde, ist danach zu beurtheilen, ob er unter Kuratel genommen ist oder nicht.

Darauf wurde konkludirt:

Der Paragraph bleibt, doch wird beigesetzt, daß die Uebergabe des Testaments cum curatore geschehen, und daß der Richter die von ihm angestellte Prüfung von dem Gemüthszustande des testatoris im Protokoll allegiren müsse. Er kann auch einen andern ehrbaren Mann zum Assistenten machen.

In dem gedruckten Entwurf findet sich jedoch eine diesem Konklusum entsprechende Vorschrift nicht, vielmehr bloß der der obgedachten Bestimmung des ungedruckten Entwurfs angereihte Zusatz:

Personen, die wegen anhaltenden Wahn- oder Blödsinns unter Vormundschaft genommen worden, sind letzte Willensverordnungen zu errichten unfähig.

wodurch die Revisions-Bemerkung von Suarez genehmigt wurde. — Mehrere Monenten schlugen nun noch den Zusatz vor,

daß, wenn Personen, die in der Folge wegen Wahn- oder Blödsinns unter Vormundschaft genommen worden, vor deren Anordnung eine außergerichtliche oder privilegirte Disposition errichtet haben, derjenige, welcher daraus ein lucrum prätendire, das ihm die Gesetze nicht zueignen, den Beweis zu übernehmen habe, daß die Verordnung in dilucido intervallo errichtet worden.

Suarez war damit einverstanden, und sonach wurde der §. 22 den schon vorhandenen §§. 20 und 21 angereiht. (Bd. 6. §. 358. 2. Ausg. S. 15.)

§§. 26. 123. Räumt das Landrecht tauben und stummen Personen die Befugniß, letztwillig zu verfügen, nur in dem Falle ein, wenn sie Geschriebenes oder Gedrucktes lesen, und sich schriftlich oder mündlich ausdrücken können?

Bornemann nimmt dies auf Grund der §§. 26. 123 an. Auf Grund des §. 7. Tit. 3. Thl. II. A. G. O. habe man indessen später angenommen, daß den Tauben und Stummen, welche sich mittelst der Zeichensprache verständlich machen können, die Befugniß zu testiren nicht abzusprechen sei[1]), was die Redaktoren des A. L. R. unbedenklich aus dem Grunde nicht zugelassen hätten, weil die Zeichensprache immer ein trügliches Mittel zur Verständigung sei, und deswegen zu Betrügereien gemißbraucht werden könne. (Bd. 6. §. 358. 2. Ausg. S. 16. 17.)

§§. 27—34. 1) Vergl. A. L. R. I. Tit. 1. §. 31, Tit. 5. §. 14.

2) Nach gem. Recht: §. 2. Inst. II. 12., L. 18 D. XXVIII. 1.

§§. 36 ff. Vergl. A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 982.

---

[1]) Vergl. das zu §. 123. mitgetheilte R. v. 24. Juni 1802.

§§. 46. 47. 48. 1) Bornemann bemerkt, die besondere Bezeichnung der Erben könne entweder zugleich mit der Testamentserrichtung oder später erfolgen. Nur auf den ersten Fall sei der §. 48 anwendbar, indem der Aufsatz dem Testamente nur beigelegt werden könne, wenn beide Stücke dem Richter in demselben Akte übergeben werden. Für den zweiten Fall enthalte das A. L. R. also keine besondere Vorschrift, mithin würden dabei die Förmlichkeiten zu beobachten sein, welche überhaupt hinsichtlich der letztwilligen Verordnungen vorgeschrieben sind. (Bd. 6. §. 367. 2. Ausg. S. 59.)

2) Genügt die Beifügung eines besondern, die Person des Erben oder Legatars bestimmenden Aufsatzes, auch bei solchen Personen, deren letzte Willenserklärung, um gültig zu sein, mündlich zu Protokoll erklärt werden muß?

Bornemann verneint, weil, wenn auch der Buchstabe des Gesetzes für die Bejahung spreche, doch der Natur der Sache nach in allen Fällen, in denen die Uebergabe einer schriftlichen Verordnung nicht genügt, auch die erforderliche Gewißheit fehlen würde, daß der vom Testator übergebene Aufsatz, wirklich den Namen desjenigen enthalte, dem er die Erbschaft oder das Legat hat zuwenden wollen, und bei der Bejahung obiger Frage, die ganze Theorie des Landrechts in Ansehung der Ernennung des Erben und Legatars umgestoßen werden würde. Man müsse daher annehmen, daß die Redaktoren nur solche Personen im Auge gehabt haben, welche nach ihrer Wahl zum gerichtlichen Protokoll testiren, oder den von ihnen selbst aufgesetzten letzten Willen dem Richter übergeben dürfen. (Bd. 6. §. 367. 2. Ausg. S. 59.)

§§. 61 ff. Ist ein Erblasser befugt, den Intestaterben des von ihm im Testamente eingesetzten Erben von der Succession in das, diesem zugewandte Erbtheil auszuschließen, ohne zugleich zu bestimmen, wem dasselbe zufallen soll? (Vergl. Ergänz. Bd. 2. Ausg. 2. S. 10.)

Bornemann bejaht unbedingt: In der in Rede stehenden Disposition liege eine stillschweigende Substitution derjenigen Personen, welche das Gesetz an die Stelle der ausgeschlossenen beruft. Der von Pape hierbei gemachte Unterschied, ob alle oder nur einer oder nur einige der Intestaterben ausgeschlossen seien, entbehre eines juristischen Princips. Denn so wie es klar sei, daß der Testator beim Ausschließen nur einzelner Intestaterben des von ihm Eingesetzten, an deren Stelle die übrigen habe rufen wollen, ebenso müsse man annehmen, daß er durch das Ausschließen aller die Erbschaft als ein bonum vacans dem Fiskus habe zuwenden wollen. Daß er in beiden Fällen zu einer solchen ausdrücklichen Substitution, entweder der übrigen Intestaterben oder des Fiskus befugt, sei abgesehen von den Vorschriften über die Belastung des Pflichttheils, unbezweifelt. Hieraus folge nothwendig die Gültigkeit einer solchen stillschweigenden Substitution. Denn jede Substitution enthält zugleich eine Institution, und in Bezug auf diese findet nur die Beschränkung des §. 49 h. t. statt, und genügt, wenn klar erhellt, welche Personen der Testator hat berufen wollen.

(Syst. 2. Ausg. §. 377. Bd. 6. S. 99.)

§. 64. 1) Vergl. über die Wirkung unmöglicher Bedingungen. §. 504 h. t.

2) Bei Verträgen gilt derselbe Grundsatz; vergl. A. L. R. I. Tit. 4. §. 132.

3) Ueber das übereinstimmende Röm. R. vergl. L. 16. D. XXVIII. 7. L. 188. pr. D. de regul. jur.

§§. 68—71. Wird ein Testament dadurch ungültig, daß das Gesuch um Auf- und Abnahme desselben durch einen von dem eingesetzten Erben Abgesandten mündlich angebracht worden ist, und der Richter weder darüber ein Protokoll aufgenommen, noch die Erklärung des Testators, daß es sein freier Entschluß sei, sein Testament errichten zu wollen, in das Annahmeprotokoll niedergeschrieben hat?

Verneint von dem zweiten Senate des O. L. G. zu Breslau in dem App. Erk. v. 9. Jan. 1840, unter Bezugnahme auf §§. 70. 71 h. t. (Koch Schl. Arch. Bd. 5. S. 230 ff.)

§§. 82 ff. 1) Können Referendarien, die zu einem Untergerichte als Hülfsarbeiter deputirt sind, die Stelle des Richters bei der Testaments-An- und Aufnahme vertreten?

Es bejaht ferner Bornemann, weil Referendarien überhaupt zum Richteramte qualificirt

sind, und es daher nicht einmal darauf ankommen könne, ob dieselben bei einem Untergerichte commissarisch beschäftigt sind oder zu ihrer Ausbildung bei einem Kollegio arbeiten.

(Bd. 6. §. 360. 2. Ausg. S. 24.)

2) Kann ein Aktuarius, welcher zwar überhaupt zum Richteramte qualificirt ist und den Richtereid geleistet hat, der That nach aber lediglich eine Aktuarien- und nicht zugleich eine Richterstelle bekleidet, gültig als Richter bei der Testaments Auf- oder Abnahme fungiren?

Es bejaht Bornemann ohne Motive anzuführen, wie aber aus seiner sub I. mitgetheilten Ansicht hervorgeht, deshalb, weil er die Richterqualität für entscheidend hält (1. Ausg. Bd. 6. S. 42). In der zweiten Ausgabe Bd. 6. S. 24. giebt er dagegen zu erwägen, daß jeder Richter, sowie zu seinen richterlichen Geschäften überhaupt, so insbesondere zur Aufnahme von Testamenten nur als Verwalter einer bestimmten Gerichtsbarkeit befugt ist (§. 82 h. t.), die Verwaltung der Gerichtsbarkeit aber nur von dem Justizminister als Chef der Justiz-Verwaltung übertragen werden könne.

3) Kann ein Richter, der nicht zugleich Aktuarius ist, die Stelle eines Protokollführers bei der Testaments-Auf oder Abnahme gültig versehen?

Es bejaht Bornemann, weil der Absicht des Gesetzes, Beschaffung einer ausreichenden Controlle des Richters, dadurch unzweifelhaft genügt werde, und nach unserer Gerichtsverfassung ein Richter eine auch zur Führung von gerichtlichen Protokollen vereidete Justizperson sei.

(Bd. 6 §. 360. 2. Ausg S. 24, 25.)

§. 83. Müssen die zur vollständigen Besetzung eines Gerichts an die Stelle des Aktuarius oder Protokollführers zuzuziehenden Gerichtsschöppen schon vorher vereidigt worden sein, wenn die Gerichtshandlung als vor gehörig besetztem Gerichte vorgegangen angesehen werden, und gelten soll?

Es bejahen:

a) der zweite Senat des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 9. Jan. 1840, weil die Schöppen als das Gericht mit constituirende Personen anzusehen seien, was bei den Dollmetschern und Sprach-Zeugen, deren Vereidung nach §. 132 h. t. auch nach der Testaments-Auf- oder Abnahme erfolgen kann, nicht der Fall sei. (Koch Schl. Arch. Bd. 5. S. 220 ff.)

b) Bornemann auf Grund der im §. 55. Tit. 25. Thl. I. A. G. O. vorgeschriebenen Eidesnorm. (Bd. 6. §. 360. 2. Ausg. S. 25.)

§§. 83 ff. 93. Wird die geschehene Vereidigung der Gerichtsschöppen dadurch unkräftig, daß kein Protokoll darüber aufgenommen worden?

Verneint vom Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 24. Aug. 1841. Eine gerichtliche Vereidigung der Dorfgerichte, bei welcher freilich eine schriftliche Verhandlung nothwendig sein würde, sei nicht durchaus erforderlich, weil nirgends ausdrücklich vorgeschrieben; das R. vom 30. Oct. 1819[1]), durch welches die Regierungen angewiesen worden, in Zukunft die Vereidigung durch den Landrath mit Zuziehung einer Gerichtsperson zu veranlassen, beweise, daß sie auch durch andere Beamte, als durch den Richter geschehen könne. Daß aber bei einer solchen außergerichtlichen Vereidigung die Aufnahme eines Protokolls ganz unerläßlich sei auch nicht gesetzlich sancirt. Ueberhaupt könne der Eidesleistung, wenn sie als Thatsache feststeht, blos deshalb, weil eine darüber aufgenommene Verhandlung nicht zu produciren, die Kraft nicht abgesprochen werden. (Schl. Arch. Bd. 5. S. 220 ff.)

§§. 88. 89. Muß die Deputation zur Aufnahme eines Testaments für jeden einzelnen Fall besonders vom Gerichtsdirigenten oder dessen Stellvertreter ernannt werden, oder ist die Ernennung beständiger Deputationen für einen bestimmten Zeitraum zuläßig?

Letzteres nimmt Bornemann an aus den Gründen des mitgetheilten R. v. 13. Juli 1843 beitretend. (System. §. 360. 2. Ausg. Bd. 6. S. 26.)

§§. 93—98. Vergl. die in den Departements der Oberlandesgerichte zu Naumburg und Halberstadt erlassene, demnächst auch für den Bezirk des Kammergerichts bekannt gemachte In-

---

[1]) Vergl. zu §. 73. Tit. 7. Thl. II. A. L. R.

struction für die Dorfgerichte §§. 29 bis 58 nebst Formularen und Gebührentaxe (J. M. Bl. 1842. S. 115 ff.), sowie zu §§. 39, 54 der Instruction die Verf. v. 9. Jan. 1843. (J. M. Bl. 1843. S. 20.)

§§. **100—102.** 1) Ist ein dem Gerichte versiegelt übergebenes, vom Testator eigenhändig geschriebenes Testament nichtig, wenn er, seiner zu Protokoll erklärten Versicherung, daß es geschehen, entgegen, dasselbe nicht unterschrieben hat?

Es bejaht Bornemann, man könne den Worten des §. 101, daß der Aufsatz vom Testator selbst „eigenhändig ge- oder wenigstens unterschrieben sein" vernünftigerweise keinen andern Sinn beilegen, als daß der Umstand, daß der Testator den ganzen Aufsatz geschrieben, nicht, dagegen seine Unterschrift jedesmal erforderlich sei.
(Bd. 6. §. 360. 2. Ausg. S. 28.)

2) Ist der Nachweis zulässig, daß das von einem Testator übergebene Testament, seiner Versicherung ungeachtet nicht von ihm ge- und unterschrieben worden sei?

Es bejaht Bornemann, weil das Gesetz ausdrücklich die Unterschrift des Testators fordere, und nirgends jenen, nach allgemeinen Grundsätzen zulässigen Beweis abgeschnitten habe; die Verneinung der Frage würde zu der sonderbaren Inconsequenz führen, daß auch das augenscheinlich von einem Dritten ge- und mit dem Namen des Testators unterschriebene Testament als ein gültiges angesehen werden müßte. (Bd. 6. §. 360. 2. Ausg. S. 28.)

§§. **104—106.** Muß das Protokoll über die Aufnahme und Annahme des Testaments von dem Protokollführer selbst geschrieben sein, oder genügt es, daß er die vom Richter selbst aufgenommene Verhandlung blos mit unterzeichnet hat?

Bornemann entscheidet sich für Letzteres gegen die zu §§. 82—92 sub Nr. 6. in den Ergänz. mitgetheilte Ansicht der Gesetzrevisoren. Der von diesen angeführte Grund, daß der Protokollführer bei jener Operation höchstens das Amt Eines Schöppen verrichte, scheine schon wegen der verschiedenen Qualität der Schöppen und des gerichtlichen Protokollführers nicht zuzutreffen. Das Gesetz erfordere nirgends bei Strafe der Ungültigkeit der Verhandlung, daß diese von dem Protokollführer niedergeschrieben sein müsse, und ein erheblicher innerer Grund dafür sei nicht ersichtlich. (Bd. 6. §. 360. 2. Ausg. S. 28, 29.)

§§. **103. 110. 139.** Anh. §. **33.** Ist zur Gültigkeit eines Testaments erforderlich, daß das Protokoll über den Hergang der Handlung in Gegenwart des Testators geschrieben werde?

Verneint von dem II. Senat des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 9. Jan. 1840, weil nicht vorgeschrieben sei, daß das Protokoll in der Krankenstube geschrieben werden soll. Nur die Handlung selbst müsse in Gegenwart des Testators geschehen.
(Koch Schl. Arch. Bd. 5. S. 220 ff.)

§§. **109, 139**; Anh. §. **33.** Hat die Unterlassung der im §. 109 enthaltenen Vorschrift die Nullität des Testaments zur Folge, wenn der vom Testator übergebene Aufsatz als ein integrirender Theil des über die Annahme aufgenommenen Protokolls angesehen und mit diesem zugleich versiegelt worden ist?

Es verneinen ein L. u. St. Ger. in dem Erk. v. 29. Juni 1843 und der II. Senat des Oberlandesgerichts zu Breslau in dem Erk. v. 2. April 1844, aus verschiedenen. Gründen.

Das erstere Gericht stützt seine Entscheidung auf das der Vorschrift des §. 33. des Anh zu Grunde liegende Motiv, welches nach dem R. v. 26. Febr. 1798[1]) darin bestanden; daß schon aus den Parallelstellen §§. 5 und 6. Tit. 4. Thl. II. der A. G. O. erhelle, daß es überall nur auf Beobachtung eines vollkommen glaubwürdigen und durchaus vollständigen Protokolls ankomme, mithin aus solchen Unterlassungen, welche niemals zu

---

[1]) Vergl. Ergänz. zu §. 103.

irgend einem Zweifel über die Gewißheit des Volkes auch nur scheinbar Anlaß geben könnten, keine Nullität herzuleiten sei.

Hiernach könne es keinem Zweifel unterliegen, daß der §. 33 des Anh. auch auf solche Fälle zu beziehen sei, bei denen eine solche, d. h. in dem Motiv desselben angedeutete Unterlassung vorgekommen ist, wenn sie gleich nicht speziell in dem Anhangsparagraph aufgenommen worden. Diese Meinung sei auch mit specieller Anwendung auf einem, dem vorliegenden ganz gleichen Fall durch das R. des Justizministeriums v. 9. August 1802[1]), welches, wenn auch ohne Gesetzeskraft, dennoch, da es als Deklaration in das Neue Archiv der Pr. Gesetzgebung aufgenommen, nach dem Publik. Pat. v. 1. April 1803 zur neuen Auflage des A. L. R. von den Gerichten in ihren Entscheidungen wohl nicht zu beachten sei — ausdrücklich anerkannt worden.

Das bezeichnete Appellationsgericht verwarf zwar diese Rechtfertigungsweise, indem es bemerkte, der §. 33 Anh. müsse auf die darin bezeichneten Fälle beschränkt werden, weil sonst die Vorschrift des §. 139 über die Nichtigkeit bei Verstößen gegen die vorgeschriebenen Formen ganz überflüssig, und die Form eines Testaments lediglich in die Willkühr des Richters gestellt wäre, in sofern er nur einen Protokollführer zuziehe, und über die Identität des Aufsatzes kein Zweifel obwalte; ebensowenig lasse sich für die vorliegende Frage aus dem R. v. 9. Aug. 1802 Etwas folgern, da sich dasselbe auf die Uebergabe eines bereits unterschriebenen und von dem Testator selbst versiegelten Testaments beziehe. Dagegen führte es für die Verneinung der aufgestellten Frage an: der im §. 109 vorgeschriebene Vermerk solle offenbar nur dazu dienen, die Identität des Aufsatzes, welcher sodann in Gegenwart des Testators versiegelt wird, zu konstatiren. Sei dies der Grund, so sei es ebenso zuläßig, jenen Vermerk in einem besondern Protokolle zu registriren, wenn nur das Protokoll mit dem Aufsatze in Gegenwart des Testators in Ein Kouvert gebracht und versiegelt wird. Ob dies Protokoll zugleich sich über den Hergang der Handlung selbst auslasse, oder aber gemäß §§. 110, 103 noch ein besonderes Protokoll aufgenommen werde, mache dabei keinen Unterschied. Im ersteren Falle bestehe die Abweichung von den allegirten Vorschriften darin

a) daß das Protokoll mit dem Aufsatze versiegelt worden ist, während es zu den Akten kommen mußte; §§. 6. 5. Tit. 4. Thl. II. der allg. Gerichtsordnung. Diese Abweichung begründe keine Nullität, weil im A. L. R. nicht ausdrücklich vorgeschrieben worden, daß das Protokoll nicht versiegelt werden darf;

b) daß die Versiegelung und Ueberschreibung erst nach dem Abschlusse des Protokolls stattgefunden hat, und bei der befolgten Prozedur nur in dieser Art erfolgen konnte, daher in der Verhandlung davon nichts steht, in Bezug auf jenen Akt es also an dem Protokolle und dessen Unterschrift durch den Testator fehlt. Dagegen sei dieselbe vollständig in der Ueberschrift des Kouverts angegeben. Dies erscheine ebenfalls als ausreichend. Der Mangel der Versiegelung sei im §. 33. des Anh. zum A. L. R. speziell als nicht erheblich erwähnt; die nicht mit der Unterschrift des Testators versehene Registratur über die Ueberschreibung sei ebenfalls nicht wesentlich, weil bei mündlich zu Protokoll aufgenommenen Testamenten über die Versiegelung und Ueberschreibung nach §. 105. mit dem Testator eine Registratur gleichfalls nicht aufgenommen wird, dies vielmehr ex officio von der Testaments-Deputation geschieht.

Abgesehen hiervon sei dies Verfahren ganz strikte im §. 114. bei Blinden, Analphabeten und Gelähmten als zuläßig bezeichnet. Genügt dies bei Blinden und Analphabeten, so könne bei schreibensfähigen Personen wenigstens nicht die Nichtigkeit des gleichen Verfahrens behauptet werden, wenn es auch bei ihnen nicht vorgeschrieben, da dasselbe ohne Zweifel ein majus im Vergleiche zu der Procedur der §§. 108 u. 109 enthalte. (Jur. Wochenschr. 1844. S. 609 ff.)

§§. 112. 139; Anh. §. 33. Wird ein Testament dadurch ungültig, daß der Richter dasselbe bis zur Publikation in seinem Privatgewahrsam behalten hat?

a) Verneint von dem II. Senat des O. L. G. zu Breslau und dem Geh. Ob.

---

[1]) S. Ergänz. zu §. 109.

Trib. in den Erk. v. 9. Jan. 1840 und 24. Aug. 1841, weil der §. 33. des Anhangs es für unschädlich erkläre, wenn bei der Aufbewahrung des Testaments ein Fehler begangen ist. Es sei nicht gesagt: bei der Deposition, sondern bei der Aufbewahrung, es werde also die Deposition selbst für nicht wesentlich erklärt, und liege eine gesetzliche Deklaration der Vorschriften der §§. 112 u. 139. (Schl. Arch. Bd. 5. S. 220 ff.)

b) Bornemann ist eben so der Ansicht, daß die Deposition des Testaments nicht mehr als wesentliche Bedingung seiner Gültigkeit angesehen werden könne. (Bd. 6. §. 360. 2. Ausg. S. 29.)

§§. **133—138. 66.** 1) Wird der Richter dadurch, daß er dem Testator in Beziehung auf das Testamentmachen Rath gegeben oder für denselben das Testament concipirt hat, unfähig bei der Annahme dieses Testaments das Amt des Richters zu übernehmen?

Verneint von dem II. Senate des O. L. G. zu Breslau und dem Geh. Ob. Trib. in den Erk. v. 9. Jan. 1840 und 24. Aug. 1841, weil bei dem Rathgeben und Concipiren der Richter nicht in seiner richterlichen Qualität thätig sei, sondern als Privatus handele. Seine richterliche Funktion trete erst bei dem Akt der Annahme des Testaments ein. (Schl. Arch. Bd. 5. S. 220 ff.)

2) Wird der Richter dadurch, daß ihm mit seinem Wissen in dem Testamente ein Legat verschrieben worden, unfähig, bei der Annahme dieses Testamentes das Amt des Richters zu übernehmen?

Verneint von dem II. Senate des O. L. G. zu Breslau und dem Geh. Ob. Trib. in den Erk. v. 9. Jan. 1840 und 24. Aug. 1841, weil der Richter zufolge §. 134 von der Aufnahme eines Testamentes nur dann ausgeschlossen ist, wenn er darin zum Erben eingesetzt worden, nach §. 133 aber in einem übergebenen Testamente als Erbe und Legatar bedacht werden kann, und eine Ausnahme für den Fall nicht gemacht worden, wenn der Richter von der ihm geschehenen Zuwendung Kenntniß hat. (Schl. Arch. Bd. 5. S. 120 ff.)

§§. **147. 150.** Vergl. §. 22 h. t., §. 9. Tit. 3., §. 1. Tit. 4. Thl. II. A. G. O.

§§. **277, 531.** Wenn der eingesetzte Erbe den Anfall der Erbschaft nicht erlebt, treten alsdann, ohne eine ausdrücklich darauf gerichtete Disposition, die von dem Erben nachgelassenen Kinder an dessen Stelle, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser beabsichtigt hat, auch die Kinder bedenken zu wollen?

Es verneint das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Juni 1844; eine Verordnung, daß in einem solchen Falle die Kinder des Erben in dessen Stelle treten sollen, auch ohne ausdrücklich in dem Testamente ihm substituirt zu sein, existire nicht, und die Bestimmung des §. 531 sei ausdrücklich nur bei Legaten angeordnet. (Entsch. des Geh. Ob. Trib. Bd. 10. S. 124.)

b) Es bejaht Bornemann: der §. 531 enthalte in der That keine spezielle Bestimmung, sondern, da er von einer nicht einmal zweifelhaften Disposition des Erblassers spreche, eine Vorschrift, die sich eigentlich ganz von selbst verstehe, und aus der man nur die Verneinung der obigen Frage folgern könnte, wenn sie (jene Vorschrift) so gefaßt wäre, daß sie zugleich ein Verbot ihrer Anwendung auf Erbeseinsetzung enthalte. (Bd. 6. §. 367. 2. Ausg. S. 68.)

Bei dieser letztern Motivirung dürfte übersehen sein, daß der §. 531 zwei verschiedene Fälle enthält, erstens den Fall, da aus der Disposition jene Absicht erhellt, zweitens den Fall, da diese Absicht nicht aus der Disposition selbst, sondern anders woher erhellt. Nur auf den ersten Fall passen die Motive Bornemanns.

§. **288.** Kann der legatarius nominis schon auf Grund des Testaments, ohne Wissen und Willen des Erben, über die Forderung verfügen, oder bedarf er einer ausdrücklichen Einwilligung des Erben?

Letzteres nehmen an:

a) Koch (Lehrb. Bd. 2. S. 143, Ueberg. der Ford. Rechte §. 28.)

b) Das Geh. Ob. Trib. in einem Erk. v. 7. März 1840. (cf. Koch Lehrb. a. a. O.)

§§. **298. 299.** In Betreff des übereinstimmenden Röm. R. vergl. C. 50. §. D. de leg. I.

§§. **307.** Es fehlt an einer Bestimmung darüber, was der Erbe, wenn er schon vor Ablauf der Deliberationsfrist angetreten hat, von Zeit des Antritts bis zum Ablauf der Deliberationsfrist an Früchten und Nutzungen zu gewähren habe.

Bornemann bemerkt, daß, da der Erbe erst mit dem Ablauf der Ueberlegungsfrist in mora kommen könne, von dieser Zeit also erst die nachtheiligen Folgen der Mora eintreten können, für den erwähnten Zwischenraum des §. 307 gleichfalls Anwendung finden müsse.
(Bd. 6. §. 370. Ausg. 2. S. 81.)

§. 322. 1) Findet die Vorschrift dieses §. nur in dem Falle Anwendung, wenn der Erblasser das abgesondert aufbewahrte Geld als Kaufgeld für die fragliche Sache bezeichnet hat, oder auch in dem Falle, wenn sich nur anderweitig nachweisen läßt, daß das in einem besonderen Behältnisse vorgefundene Geld das für die Sache eingenommene Kaufgeld ist?

Ersteres nimmt Bornemann an: Die Redaktoren könnten offenbar nur einen Willensakt des Erblassers, aus welchem die Absicht desselben, das Geld der Sache zu substituiren, klar erhellt, vor Augen gehabt haben; ein solcher Willensakt liege aber höchstens in dem ersten Falle vor, wogegen in dem zweiten die abgesonderte Aufbewahrung ganz absichtslos geschehen, und durch eine bloße Zufälligkeit, z. B. weil der Erblasser das Geld kurz vor dem letzten Krankenlager eingenommen hatte, herbeigeführt sein könne. (Bd. 6. §. 371. Ausg. 2. S. 86.)

2) Findet der §. 322 alsdann Anwendung, wenn der Erblasser das Geld nicht in den gezahlten, sondern in andern Stücken aufbewahrt, jedoch als das für die Sache eingezogene Kaufgeld bezeichnet hat?

Bornemann bejaht, weil die Vermuthung bei einer Umsetzung des eingenommenen Geldes und einer demnächst erfolgten besondern Aufbewahrung sogar stärker erschiene, als ohne solche Umwechselung. (Bd. 6. S. 371. Ausg. 2. S. 86.)

3) Vergl. §. 412, welchen Bornemann ebenso wie oben sub 1. den §. 322 auffaßt.
(a. a. O. S. 91.)

§. 324. Bornemann ist der Ansicht, daß die Vermuthung des §. 324 nur dann eintrete, wenn der Rückstand rechtlich eingefordert werden konnte, von dem Erblasser aber dessenungeachtet bis an seinen Tod nicht gefordert worden ist, indem nur in einem solchen Falle von einer Nachsicht die Rede sein könne. Diese Ansicht werde durch den Umstand unterstützt, daß in dem Entwurfe zum A. Ges.-Buch statt des Ausdrucks „nachgesehen" das Wort „gestundet" gestanden habe, welches letztere auch auf andere Fälle, insbesondere auf den Fall der Creditirung des Kaufgeldes im Kaufvertrage selbst passe; diese Aenderung in der Fassung des §. scheine nicht unabsichtlich vorgenommen zu sein. (Bd. 6. §. 371. Ausg. 2. S. 86.)

§. 330. 1) Die Vorschrift, daß der Erbe die Uebergabe oder Zahlung auch früher leisten kann, ist eine Ausnahme von der sonst geltenden Regel, daß die Leistung nicht vor der Zeit angenommen zu werden braucht; vergl. A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §. 241, Tit. 11. §. 758, Tit. 16. §. 56. (Koch, Lehrb. Bd. 2. S. 63.)

2) In Betreff des Röm. Rechts, vergl. L. 70. 98. §. 4. D. XLVI. 3; L. 38. §. 16, L. 41. §. 1, L. 137. §. 2. D. XLV. 1, L. 17. D. de reg. jur.; L. 15. D. XXXIII. 1, L. 122. pr. D. XLV. 1.

§§. 334. 396. Muß der Erbe ohne Vorbehalt die Legate über die Kräfte der Erbschaft hinaus entrichten?

Es verneint das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Aug. 1842: Gegen die Anwendung des §. 418. I. 9. L. R. (nach welchem der Erbe ohne Vorbehalt für alle an die Erbschaft zu machenden Forderungen haften soll) auf Legate läßt sich aber einwerfen, daß der Erbe allerdings als allgemeiner Nachfolger des Verstorbenen alle Schulden desselben — die nun durch Vereinigung auch seine eigenen geworden sind — nöthigenfalls aus eigenen Mitteln zu zahlen habe, dieser Grund seiner Verpflichtung aber bei Legaten — bei freiwilligen einseitigen Versprechungen des Erblassers — nicht eintritt. Sie sind keine Forderungen an den Erblasser im eigentlichen Sinne, wie denn auch der §. 56. Tit. 51 der Prozeß-Ordnung bei Wiedergebung derselben Regel sich nur des Ausdruckes: „Erbschaftsgläubiger" bedient. Vielmehr entspringt das Recht auf Vermächtnisse ganz aus derselben Quelle, wie das Recht des Erben selbst, und daher möchte es scheinen, sollten auch Legatarien niemals härter gegen den Erben verfahren dürfen, wie Miterben unter einander schon nach der vermuthlichen, wenigstens gleichen Benignität

des Erblassers. In der That ist die Gesetzgebung von dieser Auffassung des Verhältnisses auch bei sehr wesentlichen Bestimmungen ausgegangen. So erkennt die Prozeß-Ordnung den Unterschied zwischen Legaten und eigentlichen Erbschaftsforderungen dadurch an, daß sie die ersteren (§. 481. Tit. 50.) bei Konkursen erst hinter allen übrigen nur irgend denkbaren Forderungen zur Perception kommen läßt.

Eben so stellen die §§. 334, 352 die Legatarien den Erben gleich und den Erbschaftsgläubigern gegenübergestellt. Dazu kömmt noch, daß dem Erben nach Preuß. Rechte die quarta falcidia des römischen Rechts entzogen ist — wie denn überhaupt nach dem neueren römischen Rechte, durch welches das beneficium inventarii erst eingeführt worden ist (cfr. Nov. 1, cap. 2. §. 3.), der Erbe, der kein Inventarium errichtet hat, den Legatarien nur dann ex propriis haftet, wenn er die Errichtung des inventarii geflissentlich — unterlassen hat. Es scheint überdem um so weniger Grund vorhanden zu sein, den Legatarien wegen blos versäumter Inventur das strenge Recht wahrer Nachlaßgläubiger beizulegen, als die Gesetze schon dadurch für ihr Interesse besonders gesorgt haben, daß die Gerichte von Amtswegen ihnen Kenntniß von dem Anfall geben müssen, wo sie dann Veranlassung erhalten, zu rechter Zeit selbst ihre Rechte wahrzunehmen. Gleichwohl hat die versäumte Inventur nach den positiven Bestimmungen der §§. 429. Tit. 9. 296, 297. Tit. 12. I. L. R. für den Erben dieselben Nachtheile gegen die Legatarien, wie gegen die Erbschaftsgläubiger zur Folge.

Ließen sich nun gleich die erste und letzte dieser Vorschriften ihrer Fassung nach auf die Fälle beschränken, wo der Erbe in Gemäßheit des im §. 59, 60. Tit. 51 der Prozeß-Ordnung vorgeschriebenen besondern Verfahrens resp. nach §. 428. A. L. R. Thl. I. Tit. 9 eigends durch ein förmliches Erkenntniß des beneficii für verlustig erklärt worden (cfr. übrigens Verordnung vom 4. März 1834 über die Exekution in Civilsachen) und folgt namentlich das Recht des Legatars, auf Inventur zu dringen, schon aus seinem Theilnahmerechte an dem Nachlasse selbst, wie denn jeder Miterbe ebenfalls dies Recht hat — so spricht doch der §. 296 geradehin auch in Beziehung auf Legatarien den Unterschied zwischen Beneficial-Erben und Erben ohne Vorbehalt aus. Nach dieser Vorschrift muß der Erbe ohne Vorbehalt das Legat ohne Aufschub und ohne Rücksicht auf die Sufficienz des Nachlasses entrichten.
(Ulrich Archiv Bd. 9. S. 219 ff.)

§§. 368 ff. Die zu diesen §§. in der zweiten Ausgabe und im ersten Supplementbande enthaltene Bemerkung, daß Bornemann die unter Nr. 2. mitgetheilte Ansicht Erelingers theile, beruht auf einem Irrthume.

§. 387. Druckfehler: statt „§§. 33 sqq." ist §§. 51, 68 sqq." zu setzen. (Ziehm Verzeichniß der Druckfehler ꝛc. Berlin 845.)

§. 392. Vergl. A. L. R. I. Tit. 5. §. 275, Tit. 21. §. 123; II. Tit. 11. §. 920.

§. 406. Das Marginale gehört zu §. 405. (Ziehm a. a. O.)

§. 423. 1) Vergl. §§. 179, 180. Tit. 21. Thl. I. A. L. R., nach welchen der einer juristischen Person bestellte Nießbrauch ewig dauert. Koch (Lehrbuch Bd. I. S. 518.) bemerkt, die Ausnahme hinsichts des legirten Usus fructus scheine auf einem Versehen der Redactoren zu beruhen.

2) Vergl. L. 56. D. de usufr. (VII. 1.)

§. 427. Vergl. L. 1. de liberatione legata (XXXIV. 5.)

§. 432. Muß die legirte Schuld auch dann bezahlt werden, wenn dieselbe aus einem verbotenen Vertrage entsprungen?

Bornemann verneint: nach §. 430 enthalte das Vermächtniß an sich nur ein Anerkenntniß, welches neben mehreren andern Folgen nach §. 435 die Wirkung habe, daß der Gläubiger hinsichtlich seiner Forderung auch der besondern Rechte der Legatarien theilhaftig wird. Daß aber der allgemeine Grundsatz, nach welchem eine durch ein Verbotsgesetz reprobirte Schuld auch durch ein späteres Anerkenntniß nicht zu Recht beständig werden kann, in diesem Falle hat aufgehoben werden sollen, sei nirgends vorgeschrieben. Der §. 432 beziehe sich nur auf den Fall, wenn gar keine causa debendi, nicht

aber auf den Fall, wenn eine nicht zu Recht beständige causa debendi ausgemittelt werden kann. (Bd. 6. §. 374. Ausg. 2. S. 94.)

§. **461**. **1)** Bornemann hält diesen §. für bedeutungslos, da kein Fall denkbar, in welchem die Frage, ob der Substitut vor oder nach dem Erben (Legatar) gestorben, erheblich. Sterben beide vor dem Erblasser, so verliert die Disposition hinsichts beider ihre Kraft. Sterben sie nach dem Erblasser, so stehen die Erben des Substituten denen des Instituten immer nach, gelangen dagegen beim Wegfallen derselben immer zur Succession. Dieser §. scheine daher ein nicht mehr praktischer Nachklang des Röm. R. zu sein, nach welchem, weil der Substitut nicht transmittirt, obige Frage allerdings erheblich sei. (System Ausg. 1. §. 410. Bd. 6. S. 159, Ausg. 2. §. 378. Bd. 6. S. 102.)

2) Vergl. Krit. Jahrb. für deutsche Rechtswissenschaft pro **1841**. S. **163**.

§. **447**. Druckfehler: Statt „des Legatarii" ist „der Legataria" zu setzen. (Ziehm a. a. O.)

§. **448**. Druckfehler: Statt „der Legatarius" ist „die Legataria" zu setzen, und sind die bezüglichen Fürwörter dem entsprechend zu ändern. (Ziehm a. a. O.)

§§. **450**. **451**. Das Röm. R. geht von demselben Grundsatze aus, vergl. **L. 50**. §. **3**. de legat. **I**.

§. **456**. Druckfehler: Statt „366, 367" ist „§. 386" zu setzen.

§§. **466**. **467**. Ist der Fiduciar-Erbe bloßer Nießbraucher oder wirklicher Eigenthümer der Erbschaft?

Ersteres nimmt das L. u. St. G. zu Leobschütz in dem Erk. v. **24**. Aug. **1836**,

Letzteres der **II**. Senat des O. L. G. zu Ratibor in dem Erk. v. **18**. Nov. **1837** und das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. **27**. Okt. **1838** an. In diesen wird ausgeführt: die §§. **466**. **467** beabsichtigten nur die Verhältnisse des Fiduciarerben in Beziehung auf die Art der Verwaltung und die Verpflichtung der Herausgabe festzustellen, keinesweges aber zu entscheiden, wem eigentlich das Eigenthum der Erbschaft zukomme. Dieses Eigenthum falle dem heres fiduciarius allerdings zu, nur mit den Beschränkungen, welche durch die Rechte des Substituten bedingt werden. Denn nach §. **367**, Tit. **9**. falle die Erbschaft, sobald der Erblasser verstorben, an diejenigen, welche rechtsgiltige Willenserklärungen des Erblassers oder in deren Ermangelung die Gesetze dazu berufen, und nach §. **368** a. a. O. erlange dieser das Eigenthum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf. Die Qualität des Fiduciarerben verhindere nicht den Uebergang des Eigenthums auf ihn, sondern habe nur Beschränkungen in Betreff der Disposition zur Folge, von denen die §§. **466** ff. Tit. **12**. handeln. Das Eigenthumsrecht des Fiduciarerben sei auch im §. **467** deutlich anerkannt, indem der Erbe das, was er vermöge der Erbeseinsetzung aus dem Nachlasse erworben hat, herauszugeben verpflichtet wird: von einer Erwerbung könnte nicht die Rede sein, wollte man annehmen, daß das Eigenthum des Nachlasses sofort auf den substituirten Erben und nicht auf den Fiduciar übergehe und diesem nur der Nießbrauch zustehe. (Schles. Arch. Bd 5. S. 249.)

§. **485**. Druckfehler: statt „163" ist „161" zu setzen. (Ziehm a. a. O.)

§. **488**. Vergl. Tit. **1**. §. **14**. Thl. **I**. A. L. R.

§§. **490—492**. Vergl. A. L. R. Thl. **I**. Tit **4**. §. **112**.

§§. **495**. **496**. Vergl. A. L. R. Thl. **I**. Tit. **5**. §. **230**.

Bornemann ist der Ansicht, daß hinsichts der Zeit der Erfüllung der conditio causalis oder mixta, da die Vorschriften §§. **495**, **496** nur für die conditio suspensiva potestiva gegeben, die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen, also der Eintritt der Bedingung dem bedingt Honorirten auch dann zu Statten komme, wenn jener erst nach Ablauf von **30** Jahren erfolgt, wo allerdings der Besitz und Genuß einer Erbschaft in infinitum ungewiß bleiben könne. (System Ausg. 1. §. 413. Bd. 6. S. 184, Ausg. 2. § 281. Bd. 6. S. 118.)

§§. **501—506**. Nach Röm. R. werden unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verordnungen pro non scriptae angesehen; vergl. §§. **10** ff. de hered. instit. (**II**. **14**.)

§. **507**. Nach gem. R. sah man in diesem Falle bei Testamenten die Bedingung als

erfüllt an, bei Verträgen aber nur insofern als der Beschwerte von einer Verbindlichkeit befreit werden sollte. (Vergl. Cocceji Jus civ. controv. L. II. T. 14. Q. 38. Donellus Commentar. Lib. VIII. cap. 34. §§. 4 sqq.)

§§. 521, 522, 536, 540—542. Wenn der Testator ohne weitere Bestimmung die Verwandten eines Dritten zu Erben einsetzt, entscheidet unter diesen die gesetzliche Erbfolge, oder ist unter Berücksichtigung der §§. 540—542 auf die vermuthliche Absicht des Testators zu sehen?

a) Ersteres hat die Deputation des I. Senats des O. L. G. zu Glogau unterm 7. April 1841 für Recht erkannt auf Grund der für anwendbar erklärten §§. 521, 522. Es wird ausgeführt, die Hermeneutik des A. L. R. gehe in der Lehre von den Testamenten und Kodizillen von dem Grundsatze aus, .

daß letztwillige Verordnungen im zweifelhaften Falle so zu deuten sind, wie sie nach den Vorschriften der Gesetze am besten bestehen können, und dabei zum Vortheil des eingesetzten Erben gereichen (§§. 519. 520.),

und bestimme für den speziellen Fall, wenn die gesetzliche Erbfolge durch die letztwillige Verordnung nicht aufgehoben worden ist:

daß dann nach den Regeln der erstern die in letzteren fehlende Bestimmung ergänzt werden soll,

welche Bestimmung im folgenden §. 521 beispielsweise in einer konkreten Anwendung sofort näher erläutert sei.

Beide Stellen (§. 521 und §. 522 ständen so eng in einer genauen Verbindung zu einander, wie die Regel zur Anwendung, und seien auf die landrechtliche Theorie der Intestatsuccession der Seitenverwandten überhaupt gegründet, nach welcher die Erbfolge der letzteren — Geschwister ausgenommen — stets nach der Nähe des Grades ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser stattfindet, so daß der nähere Grad den entferntern ausschließt und ein Repräsentationsrecht nicht eintritt; (§§. 48—50. Tit. 3. Thl. II.) diese Bestimmungen seien auch im vorliegenden Falle anzuwenden.

Die Fassung des §. 522 welche bei der erläuternden Anwendung des vorausgeschickten Grundsatzes zunächst nur den Testator im Verhältniß zu seinen eigenen Verwandten, den gewöhnlichsten Fall, vor Augen stellt, könne nicht berechtigen, die Regel selbst in ihrer Allgemeinheit auf einen bestimmten Fall zu beschränken, und ihre Anwendung auf andere Fälle, die ganz demselben Prinzip unterliegen, auszuschließen.

b) Für Letzteres haben die Deputation des II. Sen. des O. L. G. zu Glogau (Erk. v. 28. Aug. 1841) und das Geh. Ob. Trib. (Erk. v. 21. März 1842) unter Abänderung des ad a. erwähnten Erkenntnisses mit dem Bemerken sich entschieden, daß die §§. 521, 522 nur auf eigene Verwandte des Testators zu beziehen, der §. 536 aber den Fall einer Substitution voraussetze; es müsse daher gemäß §. 556 h. t. und §. 70. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. auf die vermuthliche Absicht des Testators gesehen werden.

(Jur. Wochenschrift 1845. S. 639 ff.)

§. 534. Bornemann legt mit Rücksicht auf §. 435 diese Vorschrift so aus, daß durch dieselbe eine stillschweigende fideicommissarische Substitution zu Gunsten der nächsten Intestaterben des Honorirten, nicht aber zu Gunsten der zweiten und folgenden Generationen angeordnet. (Syst. Ausg. 1. §. 411. Bd. 6. S. 161.; Ausg. 2. §. 379. Bd. 6. Ausg. 3.)

§§. 587—589. Kann ein förmlich und gerichtlich errichtetes Testament notariell oder nur unter Beobachtung der Erfordernisse eines solchen gültig widerrufen werden, wenn zur Zeit der Erklärung des Widerrufs solche Umstände nicht vorwalten, unter denen der widerrufende Testator eine privilegirte Disposition würde haben errichten können?

a) Ersteres behauptet die Deputation des II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor in dem Erk. v. 20. Okt. 1842: Es sei nirgends in den Gesetzen vorgeschrieben, daß ein gerichtlich errichtetes Testament auch gerichtlich widerrufen werden müsse; auch sei nicht abzusehen, warum ein Widerruf in einer notariellen Urkunde ohne Wirkung bleiben sollte, da es doch nur darau

ankommen könne, daß der Wille des Widerrufenden auf glaubhafte Weise dokumentirt werde.

b) Letzteres nehmen an

α) Das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. Febr. 1844 unter Vernichtung des ad a erwähnten Erkenntnisses auf Grund der „klaren gesetzlichen Vorschriften der §§. 587 bis 589."

β) Koch: Es erscheine diese Annahme zwar völlig unzweifelhaft und darum keiner Besprechung bedürftig, da sie aber von einem Appellationsgerichte verläugnet worden, so könne ihre Bekräftigung und die Beseitigung der dagegen vorgekommenen Bedenken nicht schaden.

(Schles. Arch. Bd. 5. S. 239.)

§§. 611—613. Kann ein wegen mangelhafter Form oder materiell ungültiges, von den interessirenden Erben aber für gültig anerkanntes Testament von einem Dritten angefochten werden, wenn er dabei ein Interesse hat?

Bornemann bejaht, weil das Testament von Anfang an ungültig sei und bleibe, die Anerkennung des §. 611 begründe blos eine Einrede gegen den Anerkennenden, vermöge deren nur er seinerseits die Ungültigkeit des Testaments nicht weiter rügen könne, durch welche aber die Rechte Dritter nicht berührt würden. Hiervon sei aber der Fall verschieden, wo es sich blos um Geltendmachung persönlicher Rechte gegen den anerkennenden Erben oder Legatar handele. Der Gläubiger eines Erben z. B., welchem weniger als sein Pflichttheil vermacht worden, welcher das Testament aber anerkannt hat, werde das außerdem auch ungültige Testament nicht anfechten können, wenn nicht eine Simulation oder ein sonst gegen ihn verübter Betrug vorliege; die Sache stehe hier, wie bei jedem andern Vergleiche.

(Bd. 6. §. 367. Ausg. 2. S. 63, 64.)

Zweiter Abschnitt.

Von Erbverträgen.

Bornemann System, Ausg. 1. §§. 420—426. Bd. 6. S. 220 ff., Ausg. 2. §§. 388—392. Bd. 6. S. 139 ff.

§§. 649—656. Vergl. L. R. I. 11. §. 445, Tit. 16. §. 442.

§. 653. Druckfehler: statt „§. 649" ist „§. 650" zu setzen.

§. 656. Sind Verträge, durch welche Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten, als negotia inter vivos anzusehen?

Das Geh. Ob. Trib. bejaht dies in dem Erk. v. 14. Januar 1842. Es bemerkt, daß eine solche Gutsabtretung zwischen Eltern und Kindern stets und ohne Ausnahme, sie geschehe als ganze Vermögensabtretung oder blos rücksichtlich eines Grundstücks, gegen eine baare Gegenleistung oder gegen stipulirte Alimente, gegen Leibzucht — nichts Anderes, als ein negotium inter vivos, und dieses Rechtsgeschäft, eben weil sein eigentlichstes Wesen auf sofortige Uebertragung des Eigenthums gerichtet, in der That nichts Anderes sei, als eine wahre Veräußerung im engsten Sinne, keine quasi alienatio. In diesem juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts ändert es nicht das Geringste, wenn der Tradent gleichzeitig etwa für andere Personen, seien dies Freunde oder Verwandte, Vortheile stipulirt, mögen diese Vortheile bestehen, worin sie wollen, und mögen sie Abfindungen, Kindestheile, Erbtheile oder Anweisungen genannt sein. Der §. 656 erklärt einmal schlechtweg dergleichen Verträge für negotia inter vivos, und schließt somit jede Einmischung von Ideen, welche auf eine quasi successio universalis, auf eine sogenannte successio anticipata hinauslaufen, von vornherein aus.

(Jur. Wochschr. 1842. S. 222 ff.)

2) Vergl. §. 717. Tit. 18. Thl. I. A. L. R., und die Ergänz. dazu.

Dreizehnter Titel.

Von Erwerbung des Eigenthums der Sachen und Rechte durch einen Dritten.

Inst. III. 26. — Dig. XVII. 1. — Cod. IV. 35.
Bornemann, Systm. Ausg. 1. §§. 246—249. Bd. 3. S. 400 ff., Ausg. 2. §§. 214—217. Bd. 3. S. 230 ff.

§§. 5. 6. Kann der, welcher für sich und zugleich im Auftrage Anderer ein Grundstück kauft, und dann mit den Auftraggebern dem Auftrage gemäß theilt, die übergebenen Theile aus dem Grunde zurückfordern, weil die Ueberlassung mündlich geschehen, und deshalb für einen widerruflichen Kauf-Kontrakt zu erachten?

Verneint von der Deputation des Fürstenth. G. zu Neisse in dem Erk. v. 15. Dec. 1840. Die Ueberlassung sei lediglich als die Ausführung des erhaltenen Auftrags zu behandeln, mithin könnten für die Frage, ob die Ueberlassung, in Ermangelung eines besondern schriftlichen Kaufvertrags gültig sei, soweit es sich dabei um das Rechtsverhältniß zwischen Mandatar und Mandant handelt, lediglich die Grundsätze vom Vollmachtsauftrage maaßgebend sein.
(Koch Schl. Arch. Bd. 5. S. 434.)

§. 7. Kann der, welcher für sich und zugleich im Auftrage Anderer ein Grundstück kauft, und dann mit den Auftraggebern vermittelst eines mündlichen Vertrags theilt, die übergebenen Theile aus dem Grunde zurückfordere, weil der Auftrag nur mündlich ertheilt ist?

Das Fürstenth. G. zu Neisse verneint in dem Erk. v. 15. Dec. 1840, weil es sich hierbei nicht darum handelt, ob der Mandatar zur Ausführung eines mündlichen Auftrags angehalten werden kann, sondern darum, ob er, wenn er den Auftrag ausgeführt hat, das in Vollführung des Auftrags Gegebene wieder zurückfordern könne, weil der Auftrag nur mündlich geschehen. Dies sei zu verneinen. Denn a) nicht einmal der negotiorum gestor, der ohne allen Auftrag die Geschäfte eines Andern besorgt hat, habe dazu das Recht, derselbe müsse vielmehr, wenn der Eigenthümer es verlangt, das Geschäft bis zur gänzlichen Vollendung fortsetzen, (§§. 256, 257 h. t.); b) das Mandat sei, wenn, wie in casu, keine Belohnung versprochen worden, ein einseitiger Vertrag, und habe eine Handlung zum Gegenstande. Die einmal geschehene Erfüllung desselben könne daher wegen Mangels der Form nicht rückgängig gemacht werden. (A. L. R. Tit. 5. §. 146, Tit. 2. §. 7.)
(Koch Schlef. Arch. Bd. 5. S. 434 ff.)

§§. 8. 9. 142 ff. Kann derjenige, welcher sich mit einem Bevollmächtigten, der mit schriftlichem Auftrage nicht versehen war, eingelassen hat, den Bevollmächtigten auf Schadloshaltung in Anspruch nehmen, wenn er zwar den Machtgeber, des Mangels der schriftlichen Vollmacht ungeachtet, sei es wegen hinzugetretener Genehmigung oder aus sonstigen Gründen, auf Erfüllung des mit dem Bevollmächtigten eingegangenen Vertrags hat in Anspruch nehmen können, der Machtgeber aber zur Erfüllung unvermögend ist?

a) Es bejaht die Deputation des II. Sen. des O. L. G. zu Magdeburg in dem Erk. v. 25. Nov. 1841: Wenn der Bevollmächtigte ohne schriftliche Vollmacht handelt, so treffen ihn die Folgen dieser Handlung; diese bestehen darin, daß er nach den §§. 8, 9 h. t. den Dritten schadlos halten, also auch den bei der Unvermögenheit des Machtgebers erlittenen Verlust ersetzen muß.

b) Es verneinen:

α) die Deput. des L. und St. G. zu Magdeburg in dem Erk. v. 16. Juni 1841, davon ausgehend, daß wenn bei dem Mangel einer schriftlichen Vollmacht, der Machtgeber doch hinterher den Vertrag genehmige, und dadurch zwischen Letzterem und dem Dritten das Geschäft zu rechtbeständig würde, sodann von einer Schadloshaltung durch den Bevollmächtigten nicht weiter die Rede sein könne, diese vielmehr nur dann Platz greife, wenn der Machtgeber nicht genehmige, und somit der Dritte getäuscht sei;

β) das Geh. Ob. Trib. unter Vernichtung des ad a erwähnten Erkenntnisses in dem Urtel v. 11. Juni 1842. Wenn gemäß §§. 142 ff. durch Genehmigung der Handlungen des

Bevollmächtigten oder durch Aneignung der Vortheile aus dem Geschäfte, der Machtgeber, fehlender schriftlicher Vollmacht ungeachtet, dem Dritten verpflichtet werde, so könne dieser ihn unmittelbar in Anspruch nehmen. Es trete also dann das Hinderniß des §. 8. nicht ein, und somit könne auch die Folge des §. 9, daß der Bevollmächtigte schadlos halten müsse, nicht eintreten. In solcher Weise, wie der App. Richter diesen §. angewandt, würde die Sache darauf hinauslaufen, daß der Bevollmächtigte, obwohl durch die hinzugetretene Genehmigung des Machtgebers der Vertrag gegen diesen gültig geworden, der Dritte gegen diesen auch ein günstiges Erkenntniß erstritten hat, dennoch blos deshalb aufkommen müßte, weil der Machtgeber nichts im Vermögen besitzt; der Bevollmächtigte müßte danach für den Machtgeber als Bürge eintreten, was in den Gesetzen nirgends, jedenfalls nicht im §. 9 bestimmt sei. Nur dafür solle der Bevollmächtigte schadlos halten, daß wegen des Mangels der schriftlichen Vollmacht der Dritte sich nicht an den Machtgeber halten kann, nicht aber dafür, daß der Machtgeber nicht bezahlen kann. (Entsch. Bd. 9. S. 229 ff.)

§§. 13. 19. Vergl. L. R. II. 8. §§. 1308 ff., A. G. O. III. 7. 26.

Hindert die Stellung des Justizkommissarius als öffentlicher Beamter, ihn, der ihn beauftragenden Partei gegenüber, als deren Privat-Bevollmächtigten anzusehen?

Es verneint das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. April 1844, welches in der Hauptsache die Frage über das Eigenthum der Manualakten zum Gegenstande hat, aus folgenden Gründen: Es sei nicht zu läugnen, daß die Justizkommissarien zu den Beamten des Staats gehören, welche zur Förderung der Rechtspflege bestellt worden; ihr Amt bestehe darin, daß sie dem Publikum mit ihrer Rechtskenntniß bereitwillige Dienste leisten sollen, insbesondere als Bevollmächtigte in Prozessen. Das letztere Verhältniß sei ein Privatverhältniß des Vollmachts-Vertrages. Die Verleihung des Amts Seitens des Staats bestimme nur ihren Stand; die Ausübung falle in die Sphäre des Gewerbebetriebes, und bestimme ihr Verhältniß zum Publikum. In ihrer Person vereinige sich der Stand des öffentlichen Beamten mit der Privatdienstleistung dem Publikum gegenüber, welche letztere als das Wesentliche vorzugsweise in Betracht kommen müsse, wenn die Frage entstehe, welche Verpflichtungen dem Justizcommissarius als Bevollmächtigten rücksichtlich der Manualakten gegen die beauftragende Partei obliege. (Entsch. Bd. 10. S. 136 ff.)

§. 28. Druckfehler: Das Marginale gehört zu §. 29. (Ziehm a. a. O.)

§§. 37—48. Vergl. A. G. O. I. 3. §§. 55, 56.

§§. 37. 38. 13. 31. Vergl. die allgem. Gewerbe-Ordnung v. 17. Januar 1845: §§. 63, 51, 52, 53, 54, 55. (G. S. 1845. S. 41 ff.) zu L. R. II. 8.

II. Ist die Substitution ohne Zustimmung des Machtgebers an und für sich für eine solche von den Gesetzen gemißbilligte Handlung zu erachten, deren blos zufällige schädliche Folgen gemäß §. 13. Tit. 3. Thl. I. A. L. R. vertreten werden müssen?

a) Es bejaht das St. G. zu Berlin in dem Urtel v. 22. Febr. 1842: Der Bevollmächtigte müsse schon wegen der eigenmächtigen Substitution für den Zufall, welcher die Sache betroffen, aufkommen.

b) Es verneinen:

1) der Ob. App. Sen. des Kammergerichts in dem das Erk. ad a abändernden Urtel,

2) das Geh. Ob. Trib. in dem Revisions-Erk. v. 6. Jan. 1844. Es sei zwar richtig, daß nach §. 37 h. t. ein Jeder, der einen Auftrag angenommen hat, ihn in der Regel selbst auszurichten verbunden ist; als Folge der eigenmächtigen Substitution sei aber im §. 38 ein Anderes nicht ausgesprochen, als daß der Bevollmächtigte für die Handlungen und Versehen des Substituten wie für seine eigenen hafte. (Entsch. Bd. 9. S. 370 ff.)

c) Vergl. §. 2459. Tit. 8. Thl. II. A. L. R.

§. 46. Bornemann bemerkt, dieser §. sei zu unbedingt gestellt, indem derselbe nur dann zur Anwendung kommen könne, wenn der Mandatar hauptsächlich nur mit der Aufsicht oder Leitung des Geschäfts beauftragt ist.

(System Ausg. 1. §. 247. Bd. 8. S. 413. Ausg. 2. §. 215. Bd. 3. S. 238.)

§§. 55 ff. 1) Vergl. A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §§. 11, 12, Tit. 17. § 211.

2) Nach Röm. R. haftet der Mandatar für Versehen überhaupt (culpa in abstracto), vergl. L. 13, L. 21 C. de mandato (IV. 35).

§§. 61. 83. I. Sind die Manualacten eines Justizcommissarius Eigenthum des Mandanten?

a) Es bejahen:

1) Ein Obergericht mit dem einfachen Bemerken, es könne nicht zweifelhaft sein, daß der Mandant Eigenthümer der in seinen Angelegenheiten konscribirten Manualacten sei. (Jur. W. 1845 S. 382.)

2) Per conformes die Deput. I. und II. Instanz des O. L. G. zu Marienwerder und das Geh. Ob. Trib. durch die Erk. v. 12. April u. 10. Sept. 1843 u. 12. April 1844. Das Geh. Ob. Trib. führt aus, die Manualacten seien für den Zweck der Partei, als Eigenthümerin des Geschäfts bestimmt, und gehörten, soweit es anvertraute Urkunden, Vorladungen, Abschriften der Proceßverhandlungen und Erkenntnisse sind, unzweifelhaft nicht dem Justizcommissar, soweit sie aber aus den von dem Justizcommissar selbst verfaßten Prozeßschriften und Deductionen bestehen, könnte es zweifelhaft sein, ob sie nicht als Produkte seines Geistes und seiner Mühwaltung für sein Eigenthum zu achten seien. Sie müßten jedoch ebenfalls mit den übrigen Schriftstücken unter einerlei Begriff: „als dem Zweck der auftragenden Partei dienende und für sie gefertigte Werke" gestellt, und für Gegenstände angesehen werden, die als deposita oder asservata in den Händen des Justizcommissarius für die Partei sich befinden. Zu der dem Mandatar nach beendigtem Geschäfte gemäß §. 61 obliegenden Rechnungslegung gehöre die Ausantwortung der ihm anvertraut gewesenen Dokumente, also auch die Herausgabe der als asservirt zu betrachtenden Manualacten. (Entscheid. Bd. 10. S. 136 ff.)

b) Es verneint der Implorant (in dem letzterwähnten Rechtsstreite). Er behauptet, daß die Manualacten eines Justizcommissarius, als eine amtliche Sammlung, dem Archive desselben angehören, und keine Partei auf deren Herausgabe ein Recht habe. Die Annahme, daß der Mandant die Manualacten bezahlt, und dieserhalb Eigenthümer derselben sei, beruhe auf einer herabwürdigenden Ansicht von dem Stande des Anwalts überhaupt, mindestens auf einer unrichtigen von dem des Preußischen Justizcommissarius. Der Anwalt schreibe in seinen Acten keine verkäufliche Waare zusammen, er verkaufe seine Acten nicht, nehme für sie so wenig Bezahlung als der Richter, wenn gleich die geringste Aeußerung richterlicher Thätigkeit die Anwendung der Taxe herbeiführe. Der Preußische Justizcommissarius insbesondere sei wirklicher Beamter des Staats, §. 3. Tit. 7. Th. III. der A. G. O. §. 462. des Anhanges, der zunächst den Vorschriften seines Amtes, und erst dann, so weit dieß mit jenem vereinbar, dem Auftrage der Partei Folge zu leisten angewiesen worden sei. §. 34. l. c. — Sei er aber Beamter, so sei jedes Geschäft, das er im Amte vornehme, ein amtliches, jede Urkunde über Vornahme solcher Amtsgeschäfte eine öffentliche, die Sammlung solcher Urkunde — das Manualactenheft — mithin eine öffentliche, amtliche Sammlung. Die entgegengesetzte Ansicht sei irrig, weil sie auf das, dem Staatsrecht angehörende, Verhältniß des Justizcommissarius die Vorschriften über das Mandat anwende. Keine Partei habe ein Recht auf Aushändigung der Manualacten eines Justizcommissarius, so lange ein besonderes, in dieser Hinsicht jetzt fehlendes Gesetz ihr dasselbe, wider die Natur des Rechtsverhältnisses, und wider die ersten Prinzipien des Rechtsschutzes, nicht gewähre. (Entscheid. Bd. 10. S. 136 ff.)

c) Arndts unterscheidet, indem er bemerkt: das Zusammenheften der Schriftstücke sei keine species accessionis als modus dominii acquirendi. Es komme darauf an, wem die einzelnen zusammengehefteten Schriftstücke gehören. Darunter können sich Stücke befinden, woran dem Mandanten das ausschließliche Eigenthum zusteht, z. B. anvertraute Urkunden, Aber die Akten können nicht nur enthalten, sondern sie enthalten in der Regel zugleich und sehr oft ausschließlich Schriftstücke, welche als gemeinschaftliche Urkunden angesehen werden müssen; ferner Schriftstücke, deren Herausgabe der Mandant nach Abwickelung der Geschäftsführung fordern kann, woran er aber eben erst durch die definitive Uebergabe das Eigenthum erwirbt;

und endlich Schriftstücke, worauf er keinerlei Anspruch machen kann; es besteht nirgends die Vorschrift, daß der Geschäftsführer dem Mandanten jedes Stück herausgeben müsse, was er aus Veranlassung des Geschäfts empfange oder schreibe; als da sind die eigenen Schreiben des Mandanten, die Konzepte der dem Mandanten schon in Reinschrift zugestellten Schreiben oder Ausführungen, Extracte aus Büchern zum Gebräuche bei künftigen Ausführungen, Notirungen von Auslagen rc. rc., was alles in die Manualien geheftet zu werden pflegt. Somit seien die Manualacten nur dann Eigenthum des Machtgebers, wenn alle darin befindlichen Stücke sein Eigenthum sind. (Jur. W. 1845. S. 384.)

II. Ueber das Recht zur Retention der Manualacten und die Ausübung desselben vergl. die Ergänz. zu §. 43. Tit. 7. Thl. III. A. G. O.

§§. **62, 63, 154, 156.** Muß der Erwerber eines Grundstücks, welcher zur Zeit der Eintragung in das Hypothekenbuch oder der Uebergabe gewußt hat, daß derjenige, von welchem sich sein Titel herschreibt, das Grundstück zwar im eigenen Namen, aber nur auf Grund einer Vollmacht als Mandatar eines Dritten erworben hat, dem Machtgebers seines Auctors in dem Besitze des Grundstücks weichen?

Es bejaht das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. **27.** Februar **1844**: In dem vorausgesetzten Falle würde der Bevollmächtigte gegen die Vorschrift des §. **62** sich ohne Einwilligung des Machtgebers eigene Vortheile verschaffen, wenn er das für letztere erworbene Eigenthum sich anmaßte, und es zu seinem eigenen Nutzen ohne Erlaubniß desselben an einen Dritten veräußerte. Er würde sich durch eine solche Veräußerung nur gegen diesen persönlich verpflichtet, und in die Lage versetzt haben, daß derselbe die Erfüllung von ihm fordern könnte (§. **154**); daß aber dadurch das Verhältniß zu seinem Machtgeber nicht aufgehoben worden, ergebe sich gerade aus diesem §., indem er darin als Bevollmächtigter bezeichnet wird, sowie aus der Vorschrift des §. **156.** Demnach sei dem Bevollmächtigten gegenüber der Machtgeber als der eigentliche und wahre Eigenthümer anzusehen, und wenn der Dritte diese Thatumstände wußte, so müsse §. **24.** Tit. **10.** Thl. I. A. L. R. gegen ihn angewandt werden.
(Entscheid. Bd. 10. S. 113 ff.)

§. **72.** **1**) Vergl. §. **225.** Tit. **17.** Thl. I., §. **261.** Tit. **18.** Thl. II. A. L. R.

2) Für die in diesem §. erwähnten Zinsen ist nicht die Mora der Grund — (ebenso nach Röm. R., cf. L. **12.** §. **9.** D. mandati (XVII. **1**); L. **19.** §. 4. D. de negotiis gestis (III. **51**); — sie unterscheiden sich dadurch von den nach §§. **70, 71** u. **73** zu entrichtenden Zinsen, welche eigentliche Zögerungszinsen sind. (Koch Lehrbuch, Bd. 2. S. 20, 21.)

3) Bornemann versteht unter den in diesem §. erwähnten Kapitalszahlungen alle Auslagen, die der Bevollmächtigte gemacht hat, um den Machtgeber von einer Schuld zu befreien, ohne Rücksicht, ob dieselbe zu verzinsen war oder nicht.
(System. Ausg. 1. §. 247. Bd. 3. S. 415, Ausg. 2. §. 215. S. 240.)

§§. **90** ff. Vergl. §.**303.** Tit. **50.** Thl. I. A. G. O.

§§. **105, 148, 149.** Findet der Rechtsgrundsatz, daß eine von einem Dritten, an einen durch mündliche Eröffnung bezeichneten Bevollmächtigten geschehene Leistung von demjenigen, welcher in dieser Art die Beauftragung erklärte, anerkannt werden müsse, auch auf den Fall Anwendung, wenn der Bevollmächtigte nicht zur Abschließung eines Geschäfts, sondern nur zur Empfangnahme einer bereits feststehenden Zahlung dem Dritten mündlich bezeichnet war?

a) Es verneint die Deput. des II. Sen. des O. L. G. zu Magdeburg durch Erk. v. **17.** Febr. **1842**, weil zur Empfangnahme von Geldern für den Mandanten eine Spezial-Vollmacht erforderlich, und diese nur schriftlich zu ertheilen.

b) Es bejaht das Geh. Ob. Trib. in dem das Erk. ad a vernichtenden Urtel v. **18.** Jan. **1842.** Die Vorschriften der §§. **147—149** stellen sich als durchaus allgemein gefaßt dar, weshalb ihnen eine, Geschäfte aller Art umfassende Wirksamkeit zukomme, und ihr Prinzip auch über den Fall hinaus, auf den dasselbe angewandt worden, zur Norm dienen müsse. Insbesondere aber sei nicht unterschieden zwischen Vertretungen, zu welcher sonst eine Spezial-Vollmacht erforderlich, und solchen, bei denen dies nicht der Fall. (Entsch. Bd. 9. S. 233.)

§§. **126, 127. 1**) Vergl. §. **61.** Tit. **4.** Thl. I. A. L. R.

2) Vergl. §§. 28, 29 Tit. 3. Thl. I. A. G. O.

§§. 142—146. Bornemann folgert aus der Bestimmung des §. 146, daß die §. 145 vorgeschriebene Erklärung gegen den Dritten, nicht bloß gegen den Bevollmächtigten erfolgen müsse, und ist der Ansicht, daß der Machtgeber auch dann, wenn jene Erklärung nicht erfolgt, nur in subsidium hafte. (System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 426; Ausg. 2. S. 246.)

§. 153. Vergl. L. R. II. 8. §§. 541—544.

§. 154. Vergl. §. 130. Tit. 14. Thl. I. A. L. R.

§. 168. Vergl. §. 62. Tit. 3. Thl. I. A. G. O.

§. 172. Vergl. §§. 1467, 1468, Tit. 8. Thl. II. A. L. R.

§. 191. 1) Vergl. §. 540. Tit. 8. Thl. II. A. L. R.

2) Vergl. L. 17. §§. 2, 3. D. de instit. act. (XIV. 3.)

§. 192. Sind die zum Ressort der General-Commissionen gehörigen Auseinandersetzungen in Bezug auf Vollmachten als Prozesse anzusehen?

1) Es bejahen:

a) das Minist. des Innern in dem R. v. 18. Juli u. 6. Sept. 1840,

b) die Generalcommission zu P. in dem Berichte v. 7. Juni 1842: das Auseinandersetzungsverfahren sei kein blos freiwilliges, sondern insofern ein gesetzlich gebotenes, als die Provokation des einen Theils, die zwangsweise Einlassung des andern Theils zur unvermeidlichen Folge hat, könne daher nicht zu den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerechnet werden, sei vielmehr, indem es weder bloß einseitige Willenserklärungen zum Gegenstande habe, noch sich auf Aufnahme von Verträgen beschränke, seinem Wesen nach nichts anders, als ein Prozeß, und müsse daher nach den Vorschriften der Prozeß-Ordnung insoweit diese nicht durch die Agrargesetzgebung modificirt worden, behandelt werden. Die mögliche Erledigung der Auseinandersetzung durch einen Receß stehe ihrer Auffassung als prozessualischen Actes ebensowenig entgegen, als dies bei den im Tit. 46 P. O. vorgeschriebenen Auseinandersetzungen, und bei der Beendigung gewöhnlicher Prozesse durch Vergleich der Fall ist. Am deutlichsten stelle sich die Natur des Verfahrens als eines prozessualischen dadurch heraus, daß das Gesetz dem Kommissarius gestattet, gegen die Interressenten, im Falle ihres Ausbleibens oder unzureichender Erklärungen, in contumaciam zu verfahren. Jedem Contumazialverfahren liege ein Prozeßverfahren zu Grunde. Steht es hiernach fest, daß die Auseinandersetzungen wesentlich nichts anderes als Prozeßangelegenheiten sind und, abgesehen von den besondern, in ihrem Fortgange sich ergebenden Streitigkeiten, nach den Vorschriften der Prozeß-Ordnung behandelt werden müssen, so folgt daraus unmittelbar, daß im Allgemeinen für den Betrieb derselben eine gewöhnliche Prozeßvollmacht ausreicht, insoweit es nicht auf Vergleiche, überhaupt auf solche Handlungen ankommt, zu welchen nach allgemeinen Gesetzen eine Spezialvollmacht erforderlich ist. Denn weder in den allgemeinen Gesetzen, noch in den speziellen, das Auseinandersetzungsverfahren betreffenden Verordnungen, findet sich eine entgegengesetzte Bestimmung vor.

2) Es verneint:

a) das Revisions-Collegium zu B. in dem Erk. v. 27. Nov. 1838,

b) das Ministerium des Innern in dem Rescr. v. 29. Nov. 1842 u. 17. März 1843: Wenn man auch zugiebt, daß die Auseinandersetzungen zu den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu rechnen sind, so folgt daraus noch nicht, daß dieselben als Prozesse anzusehen und im Allgemeinen nach den Vorschriften der Prozeß-Ordnung zu behandeln sind. Auf die letztere ist zwar in den §§. 107 und 109 der Verordnung vom 20. Juni 1817, jedoch keineswegs im Allgemeinen, sondern ausdrücklich nur in Beziehung auf die Instruktion der Streitpunkte hingewiesen. Das Auseinandersetzungsgeschäft unterscheidet sich von dem eigentlichen Prozeß auch schon dadurch, daß solches nicht durch Entscheidung, sondern durch einen Rezeß seine Erledigung findet. Die Königl. Generalcommission meint zwar, dies sei nur zuweilen der Fall, hat aber übersehen, daß bei jeder Auseinandersetzung, selbst wenn im Laufe derselben Streitpunkte entstanden und Entscheidungen ergangen, der Rezeß allemal den Schlußstein bildet. Daraus, daß die agrarische Gesetzgebung von Hause aus die Zustandebrin-

gung durch gütliches Uebereinkommen und Vergleich empfiehlt, würde zwar allerdings nicht folgen, daß dem Auseinandersetzungsverfahren die Natur eines Prozeßverfahrens entzogen sei, wenn ihm solche überhaupt zuſtände; indeß findet sich in der ganzen agrarischen Gesetzgebung keine Bestimmung, wodurch dem Auseinansetzungsverfahren der Charakter eines prozessualischen beigelegt wäre, und die ganze Tendenz der gedachten Gesetzgebung spricht offenbar gegen die Annahme, daß der Gesetzgeber dem Verfahren diesen Charakter habe beilegen wollen, und nur unterlassen, solches deutlich auszusprechen.

Wenn die Königl. Generalcommission keine Vorschrift aufzufinden vermag, welche der von ihr vertheidigten Ansicht entgegen stände, so ist anderseits keine Bestimmung vorhanden, wodurch dieselbe unterstützt wird. Nirgend findet sich eine Vorschrift, daß die für Prozesse auslänglichen Prozeßvollmachten auch im Auseinandersetzungsverfahren ausreichten, im Gegentheil finden, wie schon gesagt, die Vorschriften der Prozeßordnung nur dann Anwendung, wenn bei obwaltenden Streitigkeiten eine Instruktion nöthig wird. (Centr. Bl. 1843. S. 390 ff.)

Von derselben Ansicht geht das Min. des In. in dem Bescheide v. **27.** Mai **1843** (J. Min. Bl. **1843** S. **199**) aus.

§§. **197 — 199.** Vergl. A. G. O. I. **50.** §§. **34** ff.

§. **208.** Druckfehler: Statt „sogleich" ist „zugleich" zu setzen.

§. **223.** Druckfehler: statt „Abschn. 6" ist „Abschn. 7" zu setzen.

§. **227.** Druckfehler: statt „§. **45**—**46**" ist „§. **45**—**49**" zu setzen.

Zweiter Abschnitt.

Von Uebernehmung fremder Geschäfte ohne vorhergegangenen Auftrag.

Dane, über die Klage aus der Verwendung nach Röm. und Preuß. Rechte. (Ulrich Archiv Bd. 10. S. 267 ff.)

Bornemann System. Ausg. **1.** Bd. **3.** §§. **253** u. **254**, S. **457** ff., Ausg. **2.** §§. **221** u. **222**, Bd. **3.** S. 265.

§. **234.** Vergl. §. **53** h. t.

§. **237.** Vergl. in Betr. des übereinstimmenden Röm. R. L. **3** §. **9** D. de negot. gest. (III. 5.)

§. **245.** 1) Nach Röm. R. ist in diesem Falle „exactissima diligentia" zu präſtiren; vergl. L. **11** D. negot. gest. (III. 5.), §. **1** in f. J. de oblig. quae quasi ex contr. (III 28.)

2) Vergl. §. **457.** Tit. **9.** Thl. I., §§. **166**, **278**, **280**, **281.** Tit. **18.** Thl. II. A. L. R.

§. **249.** 1) Ueber den diesem §. zu Grunde liegenden Begriff des casus dolo vel culpae subordinatus vergl. A. L. R. Th. I. §. **13.** Tit. **3**, §§. **16**, **25** u. **26.** Tit. **6**, §. **241.** Tit. **7**, §. **85.** Tit. 8, §. **131.** Tit. **20**, §. **251.** Tit. **21.**

2) Vergl. §. **50** h. t.

Dritter Abschnitt.

Von nützlichen Verwendungen.

Einleitung.

I. Findet die Klage aus der Verwendung statt, wenn letztere unmittelbar, oder nur wenn sie durch eine Mittelsperson erfolgt ist?

Für Ersteres entscheidet sich ferner Dane. Er sieht die Versionsklage des A. L. R. ihrem Prinzipe nach als ein Supplement der Vindikation an. Beide Klagen seien darauf gerichtet, daß Vermögensstücke, welche sich in den Händen des Nichtberechtigten befinden, dem

Bisherberechtigten eingeräumt werden, mit dem Unterschiede, daß die Vindikation auf die Sache selbst, die Versionsklage auf den Werth gerichtet. Letztere habe daher ganz die Natur der Römischen condictio sine causa. Diesem Grundprinzipe gemäß könne man als Regel annehmen, daß die Versionsklage nur dann stattfinde, wenn der Klagende die Sache von dem Beklagten würde vindiziren können, wäre sie noch in dessen Vermögen. Bestätigungen dieser Regel seien die Vorschriften in den §§. 277, 278, 280, 275 h. t. Die Bestimmung des §. 276 sei eine Ausnahme. Ferner folge aus jenem Prinzipe, daß die Versionsklage nicht stattfinde, wenn die Bereicherung lediglich durch eine Handlung entstanden. (Ulrich Archiv Bd. 10. S. 289 ff.)

II. Dane macht darauf aufmerksam, daß die Versionsklage aus den Vorschriften dieses Abschnitts nicht überall Platz greife, weil das A. L. R. für manche Arten der Verwendungen — wie z. B. des Vasallen, des Fideicommißbesitzers, des Ehemanns, des Vaters, des Nießbrauchers, des Pächters und Miethers, des abtretenden Besitzers, des Wiederverkäufers u. s. w. — besondere Regeln gegeben habe, so daß die allgemeinen Grundsätze theils ganz ausgeschlossen, theils nur in subsidium maßgebend seien. (Ulrich Archiv Bd. 10. S. 296 ff.)

§. 267. Vergl. A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §. 133.

§. 270. Dane ist der Ansicht, daß in Betreff der Frage, was unter größerem Uebel zu verstehen, wenn es sich um Vergleichung zwischen einem dem Vermögen und einer der Person (Leben, Gesundheit, Ehre,) drohenden Uebel handele, allemal und ohne Unterschied der Fälle, das Letztere für das Größere erachtet werden müsse.
(Ulrich Archiv Bd. 10. S. 286.)

§. 276. 1) Bornemann bemerkt, diese Bestimmung, welche erst bei der revisio monitorum zum gedruckten Entwurf auf einen nicht weiter motivirten Vorschlag von Suarez entstanden, schiene einer rechtlichen Basis zu entbehren. Man scheine hauptsächlich die Billigkeit, vielleicht auch die analoge Vorschrift A. L. R. I. 20. §. 547 vor Augen gehabt zu haben.
(System. Ausg. 1. Bd. 3. S. 466, Ausg. 2. S. 270.)

2) Dane bemerkt, der §. 276 in Verbindung mit dem der Versionsklage unterliegenden Prinzipe, nach welchem dieselbe nur ein Supplement der Vindikationsklage sei, führe zu dem Resultate, daß der Verwender in diesem Falle zwei Solidarschuldner erhalte, denen unter einander kein Regreß zustehe. (Ulrich Archiv Bd. 10. S. 292.)

3) Findet die Versionsklage auch gegen denjenigen statt, welcher die Sache zwar unentgeltlich an sich gebracht hat, aber von einem solchen Auktor, welcher die Sache sammt der Verbesserung durch einen lästigen Vertrag erworben hat?

Dane verneint, weil man nach den Regeln der Interpretation für Ausnahmen, insbesondere für prinziplose, und eine solche sei die Vorschrift dieses §. (vergl. oben Einl. Zus. I.), die engsten Grenzen setzen müsse. (Ulrich Archiv Bd. 10. S. 293.)

Vierzehnter Titel.

Von Erhaltung des Eigenthums und der Rechte.

§. 5. 1) Vergl. A. L. R. I. 20. §. 14; ferner §§. 178 ff. h. t.
2) Nach Röm. R. gilt dasselbe Prinzip; vergl. L. 4. pr. D. de separat. (XLII. 6.)

Erster Abschnitt.

Vom Verwahrungsvertrage.

§. 11. Vergl. §. 3 J. quibus mod. re contr. (III. 14.), L. 1. §§. 8, 10, 47. D. depos. (XVI. 3.)

§. 17. In diesem Falle geht der Vertrag in einen Miethsvertrag über. (Koch Lehrb. Bd. 2. S. 43.), vergl. L. 1. §. 9 D. depos. (XVI. 3.)

§. 18. In diesem Falle sollte grundsätzlich (A. L. R. I. 13. §. 245) selbst das geringste Versehen verantwortlich machen. Koch bemerkt, der Fall sei unter den Lehrern des gem. R. streitig gewesen, und man wisse nicht, warum gerade der unrichtigen Meinung, gegen den eigenen Grundsatz, nachgegangen ist. Vergl. L. 1. §. 35 D. depos. (XVI. 3.)
(Koch, Lehrb. Bd. 2. S. 43, Recht der Ford. §. 26. Nr. I. 1. 6.)

§§. 24, 54, 70, 71. Ueber die Exekution in Gegenstände des Vermögens, welche bei Gerichten oder bei Privatpersonen deponirt sind, vergl. die Ergänz. zum Ges. v. 4. Juli 1822 (zu A. G. O. Thl. I. Tit. 24.)

§§. 26 ff. Vergl. A. L. R. I. 8. §. 1736.

§. 87. Vergl. A. L. R. I. 17. §. 224, II. 18. §. 446.

§. 94. Vergl. A. L. R. I. 7. §. 154.

§. 96 ff. Vergl. A. L. R. I. 16. §. 234; I. 11. §. 218.

Zweiter Abschnitt.

Von Verwaltung fremder Sachen und Güter.

§. 141. Vergl. §. 72 h. t.

§. 158. I. Ist die Frist des §. 158 eine Verjährungsfrist?

a) Es verneint

Koch: Ob aus dem Verlauf einer gewissen Frist der Einwand der Klageverjährung entsteht, oder ob die gesetzlich damit verbundene Folge etwas Anderes ist, sei an den Bedingungen oder Voraussetzungen, und an den Wirkungen zu erkennen. Zu den Bedingungen der Verjährung gehöre die Fortdauer der Rechtsverletzung und der gute Glaube. In ersterer Beziehung sei anerkannt, daß die bloße Mahnung die Verjährung nicht unterbricht, hier hingegen genüge eine außergewöhnliche Einforderung der Rechnung. Der gute Glaube des Verwalters komme gar nicht in Betracht. Die Wirkungen anlangend, so sei bei der Frist des §. 158 von einer bloßen Vermuthung, daß die Verbindlichkeit auf irgend eine Art aufgehoben — und nur darin bestehe landrechtlich die Wirkung der Verjährung durch Nichtgebrauch — gar nicht die Rede, so daß die Rechnungslegung unbedingt für erlassen gilt, wenn auch kein Zweifel darüber obwaltet, daß die Verbindlichkeit dazu nicht aufgehoben worden. Die Fristbestimmung des §. 158 sei eine bloße Willensinterpretation: das fünfjährige Stillschweigen wird für Verzichtleistung ausgelegt.
(Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 409, Lehrb. Bd. 1. S. 275, 276. Recht der Ford. Bd. III. S. 511.)

b) Vergl. A. L. R. I. 20. §§. 609, 610. Tit. 13. §. 127.

II. Wird die Frist des §. 158 h. t. ohne Klageanmeldung durch außergerichtliche Einmahnung unterbrochen?

1) Es verneinen der I. und II. Senat des O. L. G. zu Ratibor durch die Erk. v. 13. Aug. 1839 und 13. März 1841: Die Frist des §. 158 h. t. ist eine Verjährungsfrist. Die Verjährung durch Nichtgebrauch aber wird durch eine bloße außergerichtliche Erinnerung nicht unterbrochen. §§. 551, 561. Tit 9. I. A. L. R. (Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 409 ff.)

2) Es bejahen:

a) das Geh. Ob. Trib. in dem die ad 1 erwähnten Urtel vernichtenden Erk. v. 22. Jan. 1842: 1) die Frist des §. 158 ist zwar eine Verjährungsfrist; hinsichts der Unterbrechung aber begründet der §. 158 eine Ausnahme von dem §. 561. Tit. 9, indem er einfach von der „Abforderung" der Rechnung spricht, worunter auch eine außergerichtliche zu verstehen; 2) schon das Gesetz legt dem Verwalter die Pflicht auf, die Rechnung zu übergeben, und giebt dem Prinzipal die Befugniß, sie zu verlangen. Hat dieser den Verwalter innerhalb 5 Jahren von der Zeit an, wo die Rechnung gelegt werden mußte, dazu wirklich aufgefordert, so hat er damit die ihm im Gesetz beigelegte Befugniß ausgeübt. Wer sich aber in Ausübung seines Rechts befindet, von dem kann nichts gesagt werden, daß er es „vernachläßige."
(Koch. Schles. Arch. Bd. 5. S. 412 ff.)

b) Koch; derselbe hält jedoch den unter a angeführten zweiten Grund des Geh. Ob. Trib. nicht für durchgreifend, weil derselbe bei jeder Verjährung gelte; das Gesetz lege ebenso dem Vorger die Wiederbezahlung zur bestimmten Zeit auf. (Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 410. i. d. Note.)

c) Bornemann (Ausg. 2. Bd. 3. S. 263. in d. Note).

§§. 172 ff. Ueber die Frage, ob nach Einführung des A. L. R. noch die Restitution gegen ein unter der Herrschaft des gemeinen Rechts abgeschlossenes verletzendes Geschäft nachgesucht werden kann? vergl. die Abhandlung von Sommer.

(Ulrich, Arch. Jahrg. VII. S. 479, vergl. die Ergänz. zu Pub. P. v. 5. Febr. 1794 §§. VIII—XI, zu A. L. R. Einl. §. 14. u. zum Pub. P. v. 21. Juni 1825, §§. 14, 16, 17.

Dritter Abschnitt.

Von Cautionen und Bürgschaften.

Inst. I. 24. III. 20. IV. 11. — Dig. II. 8. XXVII. 7, XLVI. 1. — Cod. II. 24, 57, V. 57, VIII. 41. —

§§. 178. 180. Wenn die nach dem früheren Rechte begründete stillschweigende Hypothek der Pupillen in dem Vermögen des Vormundes nach Einführung der Preuß. Gesetze im Herzogthum Sachsen gesetzmäßig zum Hypothekenbuche angemeldet und eingetragen ist, so besteht sie als eine eingetragene vormundschaftliche Caution fort, und diese erstreckt sich auf alle Defekte, die der Vormund zu vertreten hat, auch auf die, welche aus der Zeit vor der Eintragung.

So erkannt vom Geh. Ob. Trib. unterm 4. Jan. 1845. (Entscheid. Bd. 10. S. 437.)

§§. 184. 194. Vergl. Crim. Ord. §. 235, A. G. O. I. 14. §. 7.

§. 188. Vergl. A. G. O. I. 47. §§. 17 ff.

§§. 189. 190. 1) K. O. v. 22. Dec. 1843, betreffend die Annahme der Eisenbahnaktien als pupillen- und depositalmäßige Sicherheit.

(G. S. 1844 S. 45, vergl. unten zu §. 41. Tit. 1. Depos. Ord.)

2) Vergl. A. G. O. I. 47. §. 21.

3) Sind Privatpersonen Staatspapiere, insbesondere Staatsschuldscheine, als Kaution anzunehmen schuldig?

Koch verneint. (Lehrb. Bd. 1. S. 353.)

§. 195. Vergl. Crim. Ord. §. 230.

§§. 200 ff. Von eigentlichen Bürgschaften.

(Bornemann System Bd. 3. Ausg. 1. S. 468 ff., Ausg. 2 S. 271 ff.)

§§. 215—217. Vergl. A. L. R. II. 8. §§. 554—561.

§§. 229—231. Ist die Certioration erforderlich, wenn eine Frauensperson eine Erbschaft ohne Vorbehalt antritt?

Verneint von dem Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Oct. 1840; es wurde angenommen, daß in der Erbschaftsantretung ohne Vorbehalt eine Uebernahme fremder Verbindlichkeiten für den Fall, daß der eigentliche Schuldner solche nicht erfülle, nicht enthalten sei.

(Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 348.)

§. 232. Ist die Vorschrift des §. 232 nur auf den Fall des Darlehns zu beziehen, oder auch bei andern Verpflichtungen anzuwenden?

Für Letzteres hat sich das Geh. Ob. Trib., von der mitgetheilten entgegengesetzten Ansicht (Erk. v. 18. Nov. 1842, vergl. Erg. Ausg. 2. S. 136.) abgehend, durch folgenden Plenarbeschluß v. 5. Mai 1845 entschieden:

Der §. 232. Tit. 14. Thl. I. A. L. R. findet nicht blos auf Darlehns- und andere einseitige Verträge, sondern auch auf zweiseitige Verträge Anwendung. (Just. M. Bl. 1845 S. 95.)

§. 233. Plen. Beschl. v. 5. Mai 1845: Zur rechtlichen Gültigkeit der im Falle des §. 232 vermutheten Bürgschaft ist eine Verwarnung, bei Wittwen und unverheiratheten Frauenspersonen nach §. 221 u. f. Tit. 14. Thl. I., bei Ehefrauen nach §§. 343 u. 344 Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. erforderlich. (Just. M. Bl. 1845. S. 45.)

§§. 259, 260. Vergl. die Erg. zu A. L. R. I. 16. §. 153, Ausg. 2. S. 201. sub II.

§§. 283, 296, 328. Ueber die Frage: ob die vom Wechselinhaber dem Aussteller eines trockenen Wechsels ohne schriftliche Einwilligung des Bürgen verlängerte Zahlungsfrist, desgleichen die Verschiebung der Anmeldung der Klage gegen den Wechselschuldner, länger als 3 Tage nach der Verfallzeit, nur die Aufhebung der wechselmäßigen Verpflichtung eines Bürgen aus einer Wechsel-Bürgschaft für die Schuld, als Wechselschuld, zur Folge hat; oder ob jene Zögerung vielmehr als eine Entlassung des Bürgen von seiner Verpflichtung für die Schuld, auch als gewöhnliche Schuld überhaupt wirkt? (Entsch. Bd. 9. S. 355) vergl. unten zu A. L. R. II. 8. §§. 1238—1240.

§§ 301—305. Ueber das gemeine Recht vergl. Bornemann System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 492, Ausg. 2. S. 286 in der Note.

Fünfter Abschnitt.

Von Protestationen.

Wippermann de protestationum natura, vi et effectu. Rintel 1799. — Stryck, de jure reservationum; in opp. T. VI. No. 9.

Ueber den Begriff der Protestationen vergl. Villaume (Stadtgerichtsrath): zur Erläuterung des Begriffs der Protestation nach dem A. L. R. (Jur. W. 1844 S. 722. 1845 S. 134.)

Fünfzehnter Titel.

Von Verfolgung des Eigenthums.

Inst. IV. 6. — Dig. VI. 1 u. 2, XLI. 2. — Cod. III. 32, 19. VII. 32. —

Literatur.

1) Ueber das gemeine Recht.

Gundling de rei vindicatione ex jure roman. et patr.; in exercit. acad. No. 17, pag. 857 sq.

Kritz über die Vindikation und Publicianische Klage gr. 8. Dresden 1831.

2) Preuß. Recht.

Bornemann System. Ausg. 1. Bd. 2. S. 255. Ausg. 2. Bd. 2. S. 145 ff.

Koch Lehrb., §. 239. Bd. 1. S. 405.

§. 1. Ist der Ehemann wegen derjenigen nicht zum vorbehaltenen Vermögen der Ehefrau gehörigen Sachen zur Vindikationsklage zuzulassen, welche jene eigenmächtig an sich und bei ihrer eigenmächtigen Entfernung mitgenommen hat?

Verneint in der Just. Min. Verf. v. 17. Dec. 1845: Die Vindikationsklage setzt voraus, daß der Eigenthümer einer Sache durch einen Dritten des Besitzes wirklich entsetzt worden ist, während die Ehefrau, welche eigenmächtiger Weise Sachen an sich nimmt, und dem Manne vorenthält, nicht aufhört, in dessen Namen und für ihn die Gerechtsame auszuüben.
(M. Bl. 1845 S. 237, vergl. oben zu Tit. 7. §. 144.)

§. 3. Koch bemerkt, dieser §. sei von der actio confessoria zu verstehen; denn ein Forderungsrecht lasse sich nicht vindiciren, oder mit der Besitzklage zurückfordern.
(Lehrb. Bd. 1. S. 395.)

§§. 11—16. Gegen wen die Vindikation stattfinde.

§. 11. Vergl. A. L. R. I. 11. §. 142.

§§. 12—15. 1) Der Anspruch an den fictus possessor überhaupt beruht auf einer obligatio ex maleficio, welche in Form der Vindikation geltend gemacht wird, sofern der Kläger dabei interessirt. (Koch, Lehrb. Bd. 1. S. 406.)

2) Ueber das Röm. R. vergl. L. 27. §. 3. D. de rei vind. (VI. 1), L. 131, 157. §. 1. D. de reg. juris. (L. 17), L. 13. §. 14. D. de hered. pet. (V. 3), L. 95. §. 9. D. de solut. (XLVI. 3.)

§. 19. (Zu §. 7. der V. v. 13. Febr. 1843.) R. des Min. des Inn. v. 8. März 1845.
— — Der Ausdruck im §. 7. des G. v. 12. Febr. 1843. „wo keine Gutsherrschaften vorhanden sind" gestattet allerdings eben sowohl die von der K. Reg. angenommene Auslegung, daß darunter Dörfer zu verstehen sind, wo keine Dominial-Polizei-Verwaltung vorhanden ist, als die, daß dadurch Dörfer be-

zeichnet werden, in denen die Gutsherrschaft und deren Polizeiverwaltung nicht ihren Sitz haben. Die Materialien des Gesetzes, dessen Absicht dahin geht, neben der für nothwendig erachteten polizeilichen Kontrole, zugleich die den Verkehr hemmenden Fesseln für die Pferdebesitzer möglichst zu beseitigen, ergeben indeß mit Bestimmtheit, daß die letztere Auslegung die richtige ist und das Ministerium hat daher auch keinen Anstand genommen, auf eine, denselben Gegenstand betr. Anfrage der Reg. zu N., worin die Erschwerung für den Pferdehandel bei den Domainen-Rentämtern in gleicher Weise, wie von den jetzigen Bittstellern, zur Sprache gebracht worden sind, sich dafür zu entscheiden, daß die Legitimationsatteste von den Gutsherrschaften, Domainen oder Rentbeamten, welchen die Polizeiverwaltung zusteht, nur in denjenigen Ortschaften, wo diese ihren Sitz haben, auszustellen und daß in den übrigen Ortschaften des platten Landes, die Dorfschulzen mit dieser Ausstellung zu beauftragen sind, in sofern nicht etwa besondere örtliche oder persönliche Rücksichten nach dem hierüber zu vernehmenden Dafürhalten der Ortspolizei-Behörden eine Ausnahme nothwendig erscheinen lassen.

In Uebereinstimmung hiermit, ist auch von der K. Reg. die erforderliche Anordnung zu treffen, und wie dies geschehen durch das dortige Amtsblatt bekannt zu machen, was erforderlich ist, damit es zur öffentlichen Kenntniß gelange, ob die obige gesetzliche Regel überall zur Anwendung kommt, oder ob und in welcher Art Ausnahmen von derselben statt finden.

Die K. Reg. wird in dieser Beziehung auf die von andern Regierungen in den Amtsblättern pro 1843 bereits erlassenen Bekanntmachungen aufmerksam gemacht. (V. M. Bl. 1845. S. 126.)

§§. 24—32. Wirkungen der Vindication gegen einen redlichen Besitzer.

§. 26. Der in diesem §. ausgesprochene, dem Röm. R. fremde Grundsatz (vergl. L. 23. Cod. de rei vind. III. 32; L. 2. C. de furtis, VI. 2.) stand schon im Entwurfe, und fand vielen Widerspruch, wurde aber zur Sicherung des Verkehrs für nöthig gehalten und von dem Staatsrathe auf besondern Vertrag genehmigt. (Vergl. die Einl. zu diesem Titel.)

§. 28. Dieser §. ist eine Anwendung des Grundsatzes, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern darf. (Koch Lehrb Bd. 1. S. 341.)

§§. 42—56. Was für Sachen vindicirt werden können.

§§. 43. 44. 1) Koch bemerkt, ein Grund zur Unterscheidung dieser §§. sei nicht bekannt. (Lehrb. Bd. 1. S. 429.)

2) Hinsichts der Anwendung des §. 43 nach Aufhebung der kaufmännischen Gilden, sowie auf Kaufleute, welche zu den an einigen Orten wieder ins Leben gerufenen kaufmännischen Korporationen gehören, bemerkt Koch: Die Gilden seien nicht aufgehoben; wo also eine Kaufmannsgilde ist, mag sie alt oder neu sein, finde der §. 43 Anwendung. (Lehrb. Bd. 1. S. 429.)

§. 45. Können gegen den unredlichen Besitzer baares Geld und auf jeden Inhaber lautende Papiere vindicirt werden?

Koch bejaht unter Bezugnahme auf L. R. I. 10. §. 24. (Lehrb. Bd. 1. S. 429.)

§§. 47—53. Verfahren bei Außer- und Wiederincurssetzungen der auf jeden Inhaber lautenden Papiere:

Zum Gesetz v. 4. Mai 1843 über das Wiederincurssetzen der unter öffentlicher Autorität auf jeden Inhaber ausgefertigten Papiere.

1) Befugniß der Korporationen und der Dorfgerichte zur Wiederincurssetzung.

Bescheid des Min. d. J. v. 26. Juli 1843.

Der Gesichtspunkt, von welchem das Gesetz v. 4. Mai d. J. ausgegangen ist, ist, wie der Schlesischen General-Landschafts-Direktion auf den Bericht v. 12. Juni c. eröffnet wird, der, den Hemmungen entgegen zu wirken, welche für den Verkehr mit den auf jeden Inhaber lautenden öffentlichen Papieren dadurch entstanden sind, daß Zweifel und Ungewißheit über die Legitimation zur Wiederinkurssetzung geherrscht haben. Der Zweck bei den erlassenen Bestimmungen ist dahin gegangen, jenen Verkehr zu erleichtern, den Kredit des Umlaufs zu sichern und die öffentlichen Behörden über die Gültigkeit ihrer desfallsigen Vermerke ohne gerichtliche Beglaubigung außer Zweifel zu setzen.

Dieser Zweck ist der durchgreifend wichtigere, und das Gesetz hat ihn dadurch zu erreichen gesucht, daß es allen öffentlichen Behörden ohne Ausnahme und neben ihnen nur den Instituten, welche die Papiere emittirt, die im §. 1. des Gesetzes gedachte Befugniß gegeben, in allen übrigen Fällen aber den gerichtlichen Vermerk nach vorgängiger Legitimation verlangt hat.

Durch diese Bestimmung ist jene Befugniß solchen Korporationen, welchen die Eigenschaft einer Behörde fehlt, allerdings nicht beigelegt. Die für diese Korporationen entstehende Unbequemlichkeit ist aber das geringere Uebel und die Verstattung der geeigneten Korporationen zu solcher Befugniß würde eine Kasuistik zur Folge gehabt haben, unter welcher der Zweck des Gesetzes verloren gegangen wäre.

Wenn andererseits Behörden von untergeordneter Wirksamkeit, wie z. B. die Dorfgerichte, die Befugniß zur Wiederinkurssetzung erhalten haben, so ist dies um deswillen mit keiner Gefahr verbunden, weil es von den vorgesetzten Behörden abhängt, ihnen die Außerkurssetzung nicht zu überlassen, womit die Befugniß zur Wiederinkurssetzung für sie wegfällt.

Hiernach erledigen sich die von der General-Landschafts-Direktion aufgestellten Zweifel.
(Verw. M. Bl. 1843. S. 252.)

2) Form der Wiederinkurssetzungsvermerke der Regierungen.

C. V. der M. des J. und der F. v. Juni 1844.

Von dem Königl. Haupt-Bank-Direktorium ist die Differenz zur Sprache gebracht, welche zwischen dem Erstern und der Königl. Regierung über die Form der Wiederinkurssetzungs-Vermerke der Regierungen auf den außer Kurs gesetzten Bank-Obligationen, in Bezug auf Unterschrift und Besiegelung, obwaltet und dabei auf Vervollständigung der beiden, auf der anliegenden bereits kassirten Bank-Obligation Lit. S. No. 25, 154 über 110 Thlr. Kour. befindlichen Atteste vom 11. Juli und 12. August v. J. durch Beifügung der im §. 8 der Allerhöchsten Kabinets-Ordre v. 31. December 1825 (G. S. 1826 pag. 9) für Urkunden vorgeschriebenen Mitunterschriften, sowie des zweiten Attestes durch Beifügung des fehlenden Siegels, und den Erlaß einer desfalsigen allgemeinen Bestimmung angetragen worden.

Wenn gleich der Begriff des Wortes „Urkunde" schwankend ist, so ist doch bisher der Grundsatz festgehalten worden,

daß eine Ausfertigung, in welcher Rechte eingeräumt oder anerkannt werden, als eine Urkunde zu betrachten sei.

Dieser Ansicht nach läßt es sich rechtfertigen, das Attest der Königl. Regierung vom 12. August v. J., die Freigebung der bestellten Kaution betreffend, als eine Urkunde anzusehen. Weniger bestimmt läßt sich dies zwar von den Wiederinkurssetzungs-Vermerken behaupten, indeß ist bei der diesfälligen Erörterung die Ansicht vorherrschend geblieben, daß auch diese den Urkunden in formeller Hinsicht gleich zu behandeln seien.

Wir weisen daher die Königl. Regierung an, sowohl die auf der beiliegenden Bank-Obligation befindlichen Atteste v. 11. Juli und 12. August v. J. in der vom Königl. Haupt-Bank-Direktorium gewünschten Art zu ergänzen, als auch in der Folge derartige Vermerke in Bezug auf Unterschrift und Besiegelung den Urkunden gleich zu behandeln. (V. M. Bl. 1844. S. 233.)

§. 47. Vergl. L. R. I. 11. §. 556.

§§. 50 ff. R. v. 1. Aug. 1843. Da das Gesetz (§. 50 h. t., §. 3. G. v. 4. Mai 1843) ein gerichtliches Verfahren zur Wiederinkurssetzung der durch einen Privatvermerk des Eigenthümers außer Kurs gesetzten, auf jeden Inhaber lautenden Papiere vorschreibt, so versteht es sich von selbst, daß Notarien nicht befugt sind, die Privatvermerke über dergleichen Wiederinkurssetzungen zu beglaubigen. (J. M. Bl. 1843. S. 207.)

§. 56. Wird durch die erwerbende Verjährung das Recht seiner Substanz noch erworben, oder blos eine Exception gegen die Vindikationsklage?

Koch entscheidet sich auf Grund des §. 665. Tit. 9. Thl. I. L. R. für Ersteres, indem er bemerkt, nach der Fassung des §. 56 h. t. könnte man geneigt sein, letzteres anzunehmen. Die Fassung sei jedoch unrichtig, denn wie der Zusammenhang mit den beiden vorhergehenden §§., welche unzweifelhaft einen Verlust des Eigenthums selbst aussprechen, ergäbe, sei dabei an eine longi temporis praescriptio nicht gedacht worden. (Lehrb. Bd. 1. S. 273.)

Sechszehnter Titel.

Von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören.

§. 2. Vergl. L. R. Einl. §. 108.

§. 6. Vergl. L. R. I. 7. §. 58, Tit. 9. §. 6.

§. 7. 1) Nach Röm. R. wird durch rechtskräftiges Erkenntniß nicht das Recht selbst aufgehoben, sondern nur eine exceptio rei judicatae begründet, durch welche die erneute Klage zurückgewiesen wird. Vergl. §. 5. I. de except. (IV. 13).

2) Worin nach Preuß. Recht die Wirkung eines abweisenden Urtheils eigentlich bestehe, wird, wie Koch annimmt, nirgends in den Gesetzen klar gesagt; (Lehrb. Bd. 1. S. 342); vergl. jedoch A. G. O. Einl. §. 66; I. 16. §. 1; L. R. I. 9, §. 557.

Erster Abschnitt.

Von Erfüllung der Verbindlichkeiten überhaupt.

§. **11.** Aliud pro alio invito creditori solvi non potest. (**L. 2. §. 1. D.** de rebus cred. **XII. 1.**)

§. **14.** Vergl. L. R. I. 5. §§. **365—368.**

§§. **15—26.** Ueber die Lehre vom Verzuge nach gem. R. vergl. „v. Madai, die Lehre von der Mora. Halle. **1837**" sowie die daselbst gegebene Literatur.

§§. **24. 25.** Vergl. **L. 161. D.** de reg. jur.

§. **27.** Vergl. L. R. I. 5. §§. **247** ff.

Zweiter Abschnitt.

Von der Zahlung.

Bornemann, System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 539 ff. Ausg. 2. S. 314 ff.

§§. **30. 97.** Ueber die Verpflichtung des Acceptanten eines Wechsels zur Prüfung der Legitimation des Präsentanten vergl. Jurist. Wochschr. **1843.** S. **778.**
(s. Suppl. zu L. R. II. 8. 1137, 1153.)

§. **36.** Vergl. L. R. I. **13.** §§. **262** ff.

§. **37.** Statt: „Tit. **18.** Abschn. **5.**" ist „Tit. **18.** Abschn. **7**" zu setzen, (Ziehm a. a. O.).

§. **46.** 1) Vergl. L. R. I. **18. 597,** Tit. **21.** §. **79.** Tit. **14.** §. **338.**

2) Vergl. L. R. II. **8.** §§. **1132** ff.

§. **50.** Vergl. L. R. I. **14. 339.**

§. **57.** Vergl. in Betr. des nicht ganz übereinstimmenden Röm. R. §. **1. J.** quib. mod. toll. (**III. 29**), **L. 21. D.** de reb. cred. (**XII. 1**), **L. 41. §. 1. D.** de usuris (**XXII. 1.**)

§§. **74. 75.** Vergl. Münz-Edikt v. **29.** März **1764.** §. **10.** Nr. **14.** (**N. C. C.** Tom, **III. S. 381.** No. **XXI.** de **1764,** Rabe Bd. **1.** Abthl. **3.** S. **8.**).

§. **96.** Satt: „funfzig Thaler oder mehr" ist „über fünfzig Thaler" zu setzen. (Ziehm a. a. O.)

§. **104.** 1) Vergl. L. R. II. **1.** §. **260.**

2) Vergl. L. R. II. **8.** §. **2114.**

§. **106.** Nimmt die Bestimmung des §. **106,** daß wenn der Aussteller einer blos in Erwartung der Zahlung gegebenen Quittung länger als drei Monate wartet, ohne auf Zahlung zu klagen und die Quittung zurückzufordern, in Ermangelung eines vollständigen Gegenbeweises der Inhaber der Quittung eher zum Reinigungs-, als der Aussteller zum Erfüllungseide gelassen werden soll, dem Richter die Befugniß, nach Befinden dennoch auf den Erfüllungseid zu erkennen?

1) Es bejaht der **I.** Sen. des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. **3.** Sept. **1834,**

2) Es verneinen der **II.** Sen. des O. L. G. zu Breslau u. d. Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. **9.** Sept. **1836** und **26.** Jan. **1837:** Schon das Wort: „eher" läßt darauf schließen, daß auch Fälle eintreten können, in denen der Richter wohl befugt ist, dem andern Theile den Eid aufzulegen.

Hätte der Gesetzgeber den Aussteller der Quittung unbedingt von der Zulassung zum nothwendigen Eide ausschließen wollen, so würde des, dem Aussteller aufzulegenden Erfüllungseides gar nicht gedacht, sondern einfach angeordnet worden sein, daß, wenn es auf einen nothwendigen Eid ankomme, stets der Inhaber der Quittung zum Reinigungseide zu verstatten sei.
(Koch Schles. Arch. Bd. 5. S. 475 ff.)

3) Findet die Vorschrift des §. **106** auch dann Anwendung, wenn die Quittung nicht in Erwartung der Zahlung, sondern zu einem andern Zwecke, z. B. um dem Schuldner das Finden eines neuen Credit zu erleichtern, ausgestellt ist?

Verneint von dem II. Sen. des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 9. Juni 1836. Gründe sind nicht mitgetheilt. (Koch Schles. Arch. Bd. 5. S. 486.)

§. 128. Statt: „Schuld" ist „Forderung" zu setzen. (Bielitz a. a. O.)

§§. 143. 144. 1) Kann die Vermuthung des §. 143 durch die bloße Behauptung, es sei kein Vergleich abgeschlossen, beziehungsweise durch einen hierüber zugeschobenen Eid beseitigt werden?

Es verneinen per conformes die Deputationen des I. u. II. Sen. d. O. L. G. zu Frankfurt u. das Geh. Ob. Trib. durch die Erk. v. 2. Sept. 1843, 24. Febr. 1844 und 8. Jan. 1845: die Vermuthung fällt nach §. 144 nur dann hinweg, wenn ein Vergleich nicht gedacht werden kann; es müssen also Thatsachen und Umstände angegeben werden, unter deren Voraussetzung ein Vergleich nicht denkbar. Die Behauptung, daß ein Vergleich wirklich nicht abgeschlossen, berührt dies Beweisthema nicht, da sie eine Negative, nämlich eine bloße Verneinung derjenigen Folgerung enthält, welche das Gesetz ganz positiv aus der fraglichen Thatsache zieht, und der darüber deferirte Eid nur dahin führen könnte, daß die, vermöge der gesetzlichen Vermuthung bereits ohne den Eid juristisch feststehende Thatsache, daß ein Vergleich wirklich abgeschlossen worden, noch beschworen würde.
(Entsch. Bd. 10. S. 376 ff.)

2) Tritt die Vermuthung des §. 143 dann ein, wenn über die, drei Jahre hindurch gleichmäßig erfolgten Zahlungen Quittungen ertheilt sind?

a) Es bejaht das Geh. Ob. Trib. in dem Nichtigkeits-Erk. v. 8. Jan. 1845: die Quittungen sind nur Beweismittel, sowohl für die auf einerlei Weise geleistete Zahlung, als über deren Annahme ohne Vorbehalt. Die Vorschrift des §. 143 gehört zu denjenigen, in welchen die Präsumationen aus Quittungen abgehandelt werden, und daraus folgt sogar, daß sie nur da anwendbar ist, wo Quittungen ertheilt sind.

b) Es verneint der Implorant: die §§. 141, 142 behandeln den Fall, wo die eigentliche Beschaffenheit des Rechts aus Quittungen präsumirt werden soll, der §. 143 aber den Fall, wo keine Quittung ertheilt, vielmehr nur durch drei Jahre Zahlungen auf einerlei Weise geleistet und ohne Vorbehalt angenommen worden; denn es bedarf der Präsumtion des §. 143 nicht, wenn Quittungen vorliegen, da aus diesen besondere gesetzliche Präsumtionen abgeleitet sind. (Entsch. Bd. 10. S. 374, 375.)

§§. 147. 148. Bornemann (System Bd. 3. Ausg. 2. S. 328) tritt der mitgetheilten Ansicht Kochs bei.

§§. 149–159. Ueber das gem. Recht vergl. Bornemann System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 552, Ausg. 2. S. 322 Note.

§. 153. Ist ein Gläubiger, dem ein Bürge für ein zinsbares Kapital, jedoch nicht für die Zinsen Bürgschaft geleistet hat, auch zum Nachtheil seines Bürgen berechtigt, die ihm nicht ausdrücklich auf das Kapital geleisteten Zahlungen, zuerst auf die rückständigen Zinsen abzurechnen?

Bornemann bejaht, und bemerkt, das für die entgegengesetzte Ansicht angeführte Argument, daß der §. 260. Tit. 14. I. L. R. sonst per indirectum außer Effect gesetzt würde, theils unrichtig, theils unerheblich sei, indem der Gläubiger ohne ausdrückliche Verzichtleistung seiner Rechte nicht verlustig gehen könne. (System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 486, Ausg. 2. S. 282.)

§. 167. In diesem Falle fand nach Röm. R. nicht die condictio indebiti, sondern die condictio furtiva statt. (Bornemann System. Ausg. 2. Bd. 3. S. 329).

§. 171. 1) Vergl. die gemeinrechtliche Literatur über das Interusurium bei Koch Lehrb. Bd. 2. S. 32.

2) Koch (Lehrb. Bd. 2. S. 34) theilt mehrere Fälle mit, in denen nach Pr. R. das interusurium eintreten kann.

3) Finden die Wuchergesetze auf ein vertragsmäßiges Interusurium Anwendung?

Es verneinen Koch, und nach einer Mittheilung desselben (Lehrb. Bd. 2. S. 34) die Deputation des II. Sen. des O. L. G. zu Breslau, weil die Verbote ein gewisses

Maaß übersteigender Zinsen gerade den Vortheil der Schuldner bezwecken, mithin nicht umgekehrt zur Verhinderung eines Vortheils des Schuldners dienen.

§§. **178. 181.** (Zu Ausg. 2. §. 178 h. t. Nr. III. S. 212.

I. Ist bei Beantwortung der Frage, ob eine Zahlung aus Rechtsirrthum geleistet worden, auf die zur Zeit der Zahlung herrschend gewesene Gesetzauslegung Rücksicht zu nehmen?

Es bejahen die Deput. des II. Sen. des O. L. G. zu Glogau u. das Geh. Ob. Trib. in den Erk. v. 28. Okt. 1843 u. 20. Mai 1844. Auch wenn error juris behauptet wird, müssen immer die zur Zeit der Zahlung obgewalteten Umstände in Betracht gezogen werden, zu welcher auch der damals herrschend gewesene Zustand der Rechtsansichten über die betreffende Frage gehört. Ist dieser von der Art gewesen, daß man damals in der geleisteten Zahlung nur die Erfüllung einer rechtlich bestehenden Verbindlichkeit erkennen konnte, so läßt sich auch nur annehmen, daß der Zahlende im Anerkenntniß derselben, nicht im Irrthum über sie gezahlt habe, und es kann diesen, bei der Zahlung nothwendigen Irrthum nicht eine nachher erst eingetretene Veränderung der Rechtsansichten, mag sie sich auch allgemeine Anerkennung verschafft haben, was sich überdies nie darthun läßt, nicht herbeiführen. Würde also nach damaliger Gesetzauslegung der, welcher freiwillig gezahlt hat, im Weigerungsfalle durch Urtel und Recht zur Zahlung angehalten werden, so läßt sich, auch wenn nach jetziger richtiger Gesetzauslegung keine Verbindlichkeit zur Zahlung für ihn bestand, nicht annehmen, daß er aus Rechtsirrthum gezahlt habe. Wollte man das Gegentheil annehmen und die condictio indebiti statuiren, so würde eine Rechtsunsicherheit und ein Schwanken des ganzen Rechtszustandes entstehen, welchem der Gesetzgeber durch die Vorschrift des §. 165 h. t. gerade hat vorbeugen wollen. (Jur. Wochenschr. 1844. S. 581 ff.)

II. Wie wird der Beweis des Irrthums geführt?

1) Bornemann nimmt an, daß der Gesetzgeber dem Kondicirenden einen Nachweis der ignorantia oder des error juris nicht hat aufbürden wollen, und der Irrthum schon dann anzunehmen sei, wenn der Mangel der Verpflichtung nachgewiesen, und die Behauptung des Irrthums nicht widerlegt ist. (System Ausg. 2. Bd. 3. S. 339.)

2) Das Geh. Ob. Trib. scheint in dem Erk. v. 6. Jan. 1843 den Nachweis einer thatsächlichen Veranlassung des Irrthums zu erfordern, indem es bemerkt, der Irrthum sei in allen Fällen für bewiesen anzunehmen, wenn dargethan wird, daß die Zahlung, zu welcher für den Zahlenden gar keine Verbindlichkeit vorhanden, und durch welche der Empfänger einen Vortheil, zu welchem er gar kein Recht hatte, erlangt, in Folge einer an den Zahlenden ergangenen Aufforderung geleistet ist. (Koch Schles. Arch. Bd. 5. S. 415 ff.)

III. Bornemann (System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 578. Ausg. 2. S. 338) ist mit Rücksicht auf L. 11. Cod. de cond. ind. (IV. 5.) der Ansicht, daß derjenige, welcher im Zweifel über seine Verbindlichkeit, sowie der, welcher unter einem nicht gehörig erklärten Vorbehalt ein indebitum gezahlt hat, einem solchen der aus Irrthum gezahlt, gleich zu achten sei, weil die Vermuthung der Schenkung in diesen Fällen widerlegt sei.

§. **184.** Statt „§. 178" ist „§. 184" zu setzen.

§. **194.** 1) Koch nimmt in seinem Lehrbuch, abweichend von seiner zu §. 195 unter Nr. 4 in den Ergänz. Ausg. 2. S. 216 mitgetheilten Ansicht an, daß für die Zinsen des §. 194 nicht die Mora der Grund des Interessenersatzes sei. (Bd. 2. S. 20. 21.)

2) Vergl. L. R. I. 7. §. 232. Tit. 14. §. 87, Tit. 17. §. 224. Thl. II. Tit. 18. §. 486.

§. **207—209.** Bornemann (System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 602, Ausg. 2. S. 352) tritt der zu diesen §§. (Ausg. 2. der Erg. S. 217) mitgetheilten Ansicht der Gesetzrevisoren bei.

Dritter Abschnitt.

Von der Deposition.

Bornemann System. Bd. 3, Ausg. 1. §. 267. S. 604. Ausg. 2. §. 235. S. 353.)

§. **214.** Vergl. L. R. I. 17. §. 157.

§§. 228. 229. Bornemann hat seine zu diesen §§. (Erg. Ausg. 2. S. 219) mitgetheilten Ansichten in der zweiten Ausgabe seines Systems (Bd. 2. S. 326 ff., Bd. 3. S. 356 modificirt.

§. 229. Koch bemerkt, es sei, um die in diesem § erwähnte Befreiung hervorzubringen durchaus nicht nöthig, daß der Schuldner von der ihm zustehenden Befugniß (nicht obliegenden Pflicht) der Deposition Gebrauch macht. (Lehrb. Bd. 2. S. 60.)

Vierter Abschnitt.

Von der Angabe an Zahlungsstatt.

§. 243. Muß sich der Gläubiger in dem in diesem §. gedachten Falle innerhalb einer bestimmten Frist erklären und geht er durch Einlassung auf den Proceß mit dem Dritten seines Wahlrechts verlustig?

Bornemann nimmt an, daß, wenn dies gleich nicht bestimmt, die Bejahung doch aus der Fassung dieses §. hervorzugehen scheine. (System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 616, Ausg. 2. S. 360 Note.)

Fünfter Abschnitt.

Von Anweisungen.

Koch, Lehrb. §. 535. u. f. Bd. 2. S. 150.

§§. 251. 252. Begriff.

1) Vergl. L. R. II. 8. §§. 1251, 1261—1304.

2) Ueber den Unterschied zwischen dem gezogenen Wechsel und der Assignation bemerkt das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 2. Dec. 1843: Die Eigenschaft eines Instruments als Wechsel ist überall nur eine accessorische. Die sonstige rechtliche und primitive Natur ist bei dem trockenen Wechsel die einer Schuldverschreibung, bei dem gezogenen die einer Anweisung. Denn nach L. R. II. 8. 714 ist ein gezogener Wechsel vorhanden, wenn unter den vorgeschriebenen Formen die Zahlung einer Summe einem Dritten aufgetragen wird. Eben dies ist es, was, von jenen Formen entkleidet, nach §. 251 h. t. dem Begriff einer Anweisung entspricht. (Entsch. Bd. 9. S. 333 ff.)

§. 253. 1) Kaufmännische Assignationen müssen immer schriftlich ertheilt und angenommen werden. Vergl. L. R. II. 8 §§. 1289, 1290.

2) Ist die bloße Namensunterschrift des Assignaten für eine Acceptation zu erachten?

Bornemann verneint, selbst in dem Falle, wenn demnächst ohne Wissen des Assignaten das Wort „angenommen" darüber geschrieben worden, weil die bloße Namensunterschrift einer ausdrücklichen Willenserklärung nicht gleichzuachten sei, und die Vorschrift des §. 113. Tit. 13. Thl. I., da sie eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, auf andere Fälle nicht auszudehnen. (System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 627. Ausg. 2. S. 367.)

§§. 259. 260. 1) Koch nimmt an, daß in diesem Falle eine Intercession vorliege, und (unter Hinweisung auf L. R. I. 5. §§. 378, II. 8. §§. 1295, 1296, A. G. O. I. 50. §. 40) daß deshalb bei inmittelst eingetretener Insolvenz des Assignaten die Einrede der veränderten Umstände zustehe. (Lehrb. Bd. 2. S. 152, 155, 157.)

2) Gilt ein von einem Nichtwechselfähigen acceptirter, an die Ordre des Ausstellers gezogener Wechsel als Anweisung, wenn zur Zeit des Accepts noch kein Indossement des Wechsels erfolgt war?

Es verneint das Geh. Ob. Trib., von seiner mitgetheilten früheren Ansicht abgehend, durch den Plenarbeschl. v. 9. Sept. 1844: Aus der Vorschrift des §. 943. Tit. 8. Thl. II. A. L. R. folgt nicht, daß in dem fraglichen Falle der Wechsel auch gegen einen nicht wechsel-

fähigen Acceptanten **unbedingt** als Assignation gelte. Vielmehr ist, um ihm diese Wirkung beizumessen, unerläßlich, daß an ihm die gesetzlichen Erfordernisse einer Anweisung auch wirklich erkennbar seien. Denn eben so wenig als eine, als Anweisung ausgestellte Schrift, der es an einem wesentlichen Erfordernisse einer Anweisung gebricht, als Anweisung gültig zu sein vermöchte, eben so wenig kann eine, als Wechsel ausgestellte, als solcher aber nicht gültige Schrift für eine Anweisung gelten, wenn ihr auch die, für eine solche bestehenden, wesentlichen Erfordernisse ganz oder theilweise abgehen. Hierfür spricht schon die Wortfassung des §. 943; denn danach soll ein gezogener Wechsel, dem eines der gesetzlichen Erfordernisse ermangelt, allenfalls **nur** als Assignation gelten. **Allenfalls nur** bedeutet aber soviel, als: äußersten **Falls**, oder **höchstens nur** und hat den sprachgemäß unzweifelhaften Sinn: „insofern wenigstens die Erfordernisse einer Assignation darin anzutreffen sind;" denn sonst müßte es heißen „**jedenfalls**," oder es hätte jeder Beisatz ganz wegbleiben, und gesagt sein müssen: „so gilt ein dergleichen gezogener Wechsel als Anweisung."

Sodann wird unter Bezugnahme auf §. 251 h. t., §. 1267 II. 8. ausgeführt, eine Anweisung habe ihrem Wesen nach zwei ganz verschiedene Richtungen: zunächst beauftragt der Aussteller einen Andern, eine bestimmte Summe an einen bestimmten Empfänger zu zahlen, und **sodann** weist er diesen Dritten an, die bestimmte Summe von dem genannten Zahler für sich in Empfang zu nehmen. Eine jede dieser beiden Richtungen bildet ein besonderes Rechtsgeschäft; die Verbindung beider Geschäfte in Einen Ausdruck des Willens stellt erst das Wesen einer Anweisung dar. Da nun zur Herstellung des Rechtsgeschäfts in der einen Richtung zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen nothwendig gehört, daß Beide namentlich genannt werden, so folgt auch aus der untrennbaren Verbindung, in welcher diese eine Richtung mit der anderen des Anweisenden zu dem Bezogenen steht, daß es auch für das Rechtsgeschäft zwischen Letzteren ein wesentliches Erforderniß sei, daß dem Bezogenen derjenige **benannt** werde, an den er Zahlung leisten solle.

Dies ist auch aus dem Grunde nothwendig, weil dem Bezogenen nach §. 256 freigelassen ist, die Anweisung nicht anzunehmen, wenn ihm dadurch in Ansehung der Zeit, des Orts, der Münzsorte, oder wie sonst, eine lästigere Verbindlichkeit aufgelegt werden sollte, als er gegen den Anweisenden zu erfüllen haben würde. Um hierüber vollständig urtheilen zu können, muß der Bezogene wissen, an wen er zahlen solle, da sich nach der Person, nach dem Wohnorte, und nach anderen Umständen, welche eben nur die Anweisung herbeiführt, die ursprünglichen Verpflichtungen des Bezogenen ändern können.

Aber auch abgesehen hiervon, fällt der Begriff einer Anweisung von selbst weg, wenn derjenige, an welchen der Bezogene zahlen soll, nicht genannt wird; denn nicht nur, daß der Name **Anweisung** darauf beruht, daß Jemandem eine bestimmte Summe zur Erhebung **überwiesen**, er darauf **angewiesen** wird, so kann auch rücksichtlich des Bezogenen, der Ausdruck: **Anweisung**, auf das Geschäft zwischen ihm und dem Aussteller des Dokumentes nicht für passend erachtet werden, sobald der Letztere die Zahlung für sich selbst verlangt. Vielmehr drückt dies Verlangen nur das Ersuchen aus, von demjenigen, an den es gerichtet ist, eine Summe Geldes zu bekommen; eine solche Aufforderung kann aber nur entweder **eine Mahnung**, oder **eine Bitte um ein Darlehen** sein.

Dies wesentliche Erforderniß der **namentlichen** Bezeichnung des Assignatars ist bei einem an eigene Ordre gezogenen Wechsel, so lange kein Indossament erfolgt ist, nicht anzutreffen. Der **Gebrauch der Kaufleute**, dergleichen Wechsel zu honoriren, bleibt **juristisch** eine Anomalie, auf der **Fiction** beruhend, daß der Trassant und seine Ordre zwei verschiedene Rechtssubjekte seien. Diese Fiktion kann aber da nicht zugelassen werden, wo weder ein rechtbeständiger Gebrauch, noch auch das **Gesetz** sie zulassen, letzteres vielmehr für den Begriff einer Anweisung das Vorhandensein zweier, wirklich existirenden Rechtssubjekte ausdrücklich fordert; der §. 730a. Tit. 8. Thl. I. L. R. auch vorschreibt, daß bei Wechselgeschäften Nichtwechselfähiger auf die eigentlich zum Grunde liegende Natur des Geschäfts zurückgegangen werden solle. Die wahre Natur eines Wechsels an eigene Ordre ist aber **vor** dem Indossamente, wie

gezeigt, nur die einer Zahlungsaufforderung an den Aussteller selbst, d. h. es ist keine Anweisung.

Die Acceptation kann diesen Mangel des Instruments als Anweisung nicht heben, da der, an welchen die Zahlungsaufforderung gestellt ist, nicht willkürlich an einen ihm beliebigen Dritten zahlen, und eben so wenig durch sein Accept der Einwendungen verlustig gehen kann, die er gegen den Aussteller hat, da er ja eben nur diesem die Zahlung zu leisten verspricht, der rechtliche Grund des §. 259 aber darauf beruht, daß in der unbedingten Annahme einer vollständigen Anweisung zugleich eine, Seitens des Bezogenen gegen den genannten Assignatar übernommene, Verpflichtung enthalten ist, diesem die überwiesene Zahlung zu leisten.

Das für die entgegengesetzte Ansicht aus der Unentbehrlichkeit der Wechsel an eigne Ordre entnommene Argument paßt nur für den Wechselverkehr, nicht aber da, wo ein Wechsel nicht als solcher, sondern als Anweisung gelten soll; vielmehr würde es für den Stand der kleineren Gewerbetreibenden und Handwerker sehr gefährlich sein, wollte man solchen bloßen Zahlungsversprechen die Wirkung einer acceptirten vollständigen Anweisung beilegen.

(Entsch. Bd. 10. S. 52 ff.)

§. 262. Vergl. L. R. II. 8. 1262.

§§. 289. 290. 1) Vergl. L. R. II. 8. §. 1288.

2) Koch (Lehrb. Bd. 2. S. 153) bemerkt, die Worte dieses §: „so geschieht es auf seine Gefahr, und er verliert den Regreß an den Anweisenden" seien auf die Forderung des Assignatars an den Assignanten zu beziehen, welche mittelst der Anweisung getilgt werden sollte; der Assignatar gelte hinsichts derselben für befriedigt, trete aber dafür zum Assignanten in das Verhältniß eines Cessionars zum Cedenten.

3) Bornemann (System. Bd. 3. Ausg. 1. S. 644, Ausg. 2. S. 377), erfordert zur Anwendung dieser §§., daß der Assignat Schuldner des Assignanten gewesen.

Sechster Abschnitt.

Von der Kompensation.

Köchling, Beitrag zur Lehre von der Kompensation nach gemeinem und nach preuß. Rechte in Ulrich Archiv Bd. 10. S. 146 ff. 210 ff.

§. 308. Diese Vorschrift enthält eine Abweichung von der Regel, daß Nachlaßactiva nicht als ipso jure getheilt anzusehen (L. R. I. 17. §§. 151 ff.). Ob die Abweichung absichtlich gemacht, oder die Regel nur übersehen, ist aus den Materialien nicht ersichtlich.

(Bornemann, System. Bd. 3. Ausg. 2. S. 379.)

§. 316. Ueber die Entstehung dieses §. und über das gemeine R. vergl. Bornemann System. Bd. 3. Ausg. 2. S. 382, Ausg. 1. S. 656.

§§. 317—327. 1) Diese §§. entscheiden gemeinrechtliche Controversen. Vergl. über dieselben Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger ed. de 1801 cap. 26, Glück Pand. XV. S. 105 ff.

2) Sind die Vorschriften der §§. 317—327 über die Kompensation im Konkurse auf den Konkurs zu beschränken, oder auch bei dem erbschaftl. Liquid. Prozesse, wenigstens wenn der Erbe der eigenen Administration des Nachlasses sich begeben und dieselbe den Gerichten überlassen hat, zur Anwendung zu bringen?

1) Es bejahte der dritte Senat des Geh. Ob. Trib. unter dem 13. Mai 1837. (Entsch. II. 319) so wie die beiden Referenten des Geh. Ob. Trib. in einer im Plenum desselben am 20. Jan. 1846 vorgetragenen Sache, aus folgenden Gründen:

Es sei allerdings unzweifelhaft, daß der Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses nicht die gesetzlichen Wirkungen der Konkurseröffnung beigelegt werden könnten, namentlich nicht ein allgemeines Pfandrecht für die Nachlaßgläubiger daraus entstehe; hieraus folge aber nicht, daß nicht eine oder die andere rechtliche Folge, die zugleich eine Wirkung des für die Konkursgläubiger durch die Konkurseröffnung entstehenden Pfandrechts sei, auch vermöge der Eröffnung des erbsch. Liquidationsproz. hereingebracht werden könne, wo sie dann ihren Grund

in dieser Eröffnung, obschon nicht in dem allgemeinen Pfandrechte habe. Denn daß die Eröffnung des erbsch. Liquidationsproz. gar keine rechtliche Folgen hereinbringe, würde sich um so weniger behaupten lassen, als die §§. 61 u. 69. Tit. 51. Thl. I. A. G. O. diese Folgen ausdrücklich dahin feststellen, daß

a) der Erbe nichts vornehmen darf, wodurch die Masse zum Nachtheile der Gläubiger verändert oder geschwächt werden kann;

b) die Gläubiger dagegen gegen den Erben Exekution nicht extrahiren können, sondern sich gedulden müssen, bis durch das Prioritätsurtel festgestellt ist, wie weit der Nachlaß auf sie hinreiche.

Daraus ergebe sich aber von selbst, daß nach erfolgter Eröffnung des erbsch. Liquidationsproz., so wie ein einzelner Gläubiger nicht einseitig sich seine Befriedigung, zum Nachtheile der übrigen, verschaffen dürfe, ebenso auch kein Schuldner der Masse den Gläubigern, die durch die Eröffnung des erbsch. Liquidationsproz. an der Verfolgung ihrer Ansprüche bis zum Austrage der Sache gehindert worden, die Aussicht auf ihre Befriedigung aus den Nachlaßbeständen durch den Erwerb nicht privilegirter Forderungen und darauf gegründete Kompensation seiner Schuld entziehen kann, vielmehr nur in die Stelle des cedirenden Gläubigers trete und die Forderung bei der Masse liquidiren müsse. —

In dieser Beziehung stehe also die Eröffnung des erbsch. Liquidationsproz. der Konkurseröffnung gleich, und das sei auch im §. 74 l. c. deutlich ausgesprochen, indem hier bestimmt worden: daß auch wegen Feststellung der Masse die Vorschriften des 50. Titels befolgt werden müßten, folglich auch die Einziehung der Aktiva der Masse durch einen, erst nach der Eröffnung des Liquidationsproz. entstandenen Kompensationsgrund nicht vereitelt werden könne.

Da nun auch im §. 89 ebendas. verordnet wird, daß die Vorschriften des 50. Titels §. 116 folg. zur Anwendung kommen, und unter diesen der §. 156 auf die Vorschriften der Gesetze hinsichtlich der Kompensation verweise, so folge daraus, daß auch im erbsch. Liquidationsproz. diese Vorschriften gleichfalls zur Anwendung kommen sollten. —

Könnte endlich auch die entgegengesetzte Ansicht Platz greifen, so würde immer der §. 324. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. auch im erbsch. Liquidationsproz. Anwendung finden müssen, da er *bloß eine* Wiederholung des in §§. 480, 481. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes sei, daß künftige Früchte und Nutzungen eines Grundstücks dem hypothekarischen Gläubiger über den Betrag eines Quartals hinaus nicht entzogen werden könnten.

2) Es verneinte in der ad 1. gedachten Sache das Geh. Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 23. Jan. 1846 aus folgenden Gründen:

Daß der Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses die Wirkung der Konkurs-Eröffnung nicht beigelegt werden könne, ergebe sich schon daraus, daß, um sie hervorzubringen, der erbsch. Liquidationsproz. in einen förmlichen Konkurs umgewandelt werden müsse, und nach Vorschrift des §. 66. Tit. 51 der A. G. O. auch in diesem Falle der Tag des eröffneten Konkurses nicht etwa auf den Tag der Eröffnung des erbsch. Liquidationsproz. retrotrahirt, sondern auch die Mittagsstunde des Tages bestimmt werde, an welchem das die Konkurseröffnung verfügende Dekret oder Urtel den Interessenten publicirt worden.

Daß aber hinsichtlich der auf Cession gegründeten Kompensation dabei keine Ausnahme stattfinde, folge aus der Fassung des §. 320. Titel 16. Thl. I. des A. L. R., indem danach die Wirkung der Kompensationsausschließung von keinem anderen Zeitpunkte, als von dem der Konkurseröffnung abhängig sein solle.

Durch G. O. l. 51. §. 74. habe nichts weiter festgesetzt werden sollen, als daß sich das Verfahren beim erbsch. Liquidationsproz. nach denselben Regeln richten solle, wie im Konkurse; hinsichtlich der, das materielle Recht speziell berührenden Kompensation verweise aber auch der §. 279. Tit. 50 l. c. lediglich auf das A. L. R., und dieses schließe, wie schon erwähnt, die Kompensationsbefugniß erst von dem Zeitpunkte einer erfolgten Konkurseröffnung aus. —

Die Folgerungen, die aus §§. 61 u. 69. Tit. 51. Thl. I. der A. G. O. gezogen würden, seien, im Gesetze nirgends ausdrücklich ausgesprochen auch um so weniger als von selbst sich

daraus ergebend anzunehmen, als die Gesetze den Gläubigern im erbsch. Liquidationsproz. bestimmte Maaßregeln zu ihrer Sicherung an die Hand geben, namentlich die Extrahirung des förmlichen Konkurses und der Erlassung des offenen Arrestes in Gemäßheit des §. 382 des Anh. zur A. G. O.

Dadurch könne nach Vorschrift des §. 84. Tit. 29. Thl. I. der A. G. O. verhindert werden, daß ein Schuldner der Masse die Zahlung seiner Schuld durch vorgeschützte Kompensation vereitle; allein alsdann sei dies Folge des angelegten Arrestes, nicht der erfolgten Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses.

Ob dasjenige, was im §. 324. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. ausgesprochen worden, auch außer dem Falle eines Konkurses eintreten kann, sei nicht Gegenstand der vorliegenden Erörterung. Jene Vorschrift stehe mit dem Vorhergehenden und Nachstehenden im genauen Zusammenhange, und beziehe sich in sofern allein auf den Konkurs, wenn auch aus anderen Vorschriften in andern Fällen ein gleiches Resultat hergeleitet werden könnte.

(J. M. Bl. 1846. S. 44 ff.)

§. **320.** 1) Ueber die Frage, in wiefern es auf die Zuläßigkeit der Kompensation gegen den Anspruch einer Fallitmasse mit einer nach eröffnetem Konkurse durch Cession erworbenen Forderung von Einfluß ist, daß der Konkurs im Auslande eröffnet ist, vergl. Suppl. zu §§. 663 ff. Tit. 50. Thl. I. A. G. O.

2) Ist es für die Frage über die Zuläßigkeit der Kompensation gegen den Anspruch einer Fallitmasse mit einer nach eröffnetem Konkurse durch Cession erworbenen Forderung von Einfluß, ob der Beanspruchte von der Eröffnung des Konkurses zur Zeit der Cession Kenntniß hatte?

Es verneint das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. Juni 1843: Der §. 320 h. t. macht die Kompensations-Ausschließung von keinem andern Zeitpunkte, als von dem der Konkurs-Eröffnung abhängig. Der Grund davon ist, daß dies Ereigniß das Vermögen des Cridars in zwei völlig getrennte Theile spaltet, und beide, Activ- und Passivmasse verschiedenen Regeln unterwirft. Während durch die mit der Konkurseröffnung eintretende Konkurrenz jede nicht besonders versicherte Forderung der Möglichkeit einer Minderung unterliegt, haben die Konkursgläubiger einen Schuldner des Cridars in gleicher Weise, wie vorher solcher selbst des Letzteren Schuldner war, zu ihrem Debitor mit der Aussicht, den ganzen Betrag der Schuld zur Konkursmasse einzuziehen. In dieser Hinsicht erscheint denn auch eine Cession, die ein Gläubiger der Masse an einen Schuldner der letzteren vornimmt, unter die Regel des §. 408, Tit. 11. Thl. I. L. R. gestellt, nach welcher durch die Cession die Verpflichtung des Schuldners niemals erschwert werden darf. (Entsch. Bd. 9. S. 477 ff.)

§§. **336—339.** Ueber das abweichende gemeine Recht vergl. Glück Pand. XV. S. 100.

§. **339.** Vergl. L. R. II. 1. §. 233.

§. **373.** Vergl. L. R. I. 5. §. 199, II. 20. §. 1426.

§. **374.** Vergl. L. R. I. 14. §. 330.

§. **377.** 1) Findet dieser §. auch auf den Mehrbetrag der Gegenforderung Anwendung?

Köchling bejaht auf Grund des §. 570. Tit. 9. I. L. R. (Ulrich Arch. Bd. 10. S. 217.)

2) Ueber die auf L. 6 u. 14. D. de compens. (XVI. 2.) sich gründende gemeinrechtliche Controverse, ob eine verjährte Forderung zur Kompensation geeignet, vergl. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 29, Weber Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, S. 54 ff., Glück Pand. XV. S. 64 ff.

Siebenter Abschnitt.

Von Entsagung der Rechte.

Koch Lehrb. §§. 212, 213.

Vergl. L. R. I. 5. §§. 193—199.

§. **400.** Vergl. L. R. I. 20. §§. 240. 241., L. 27. §§. 3, 4. D. de pactis (II. 14.)

Achter Abschnitt.

Von Vergleichen.

§. **413**. Anh. §. **51**. Das zu diesen §§. mitgetheilte R. v. 28. Juli **1834** hat zu dem Zweifel Veranlassung gegeben, ob Verträge über künftige Verpflegungsgelder unehelicher Kinder, deren mütterlicher Großvater lebt, überhaupt der gerichtlichen Bestätigung bedürfen?

Kuhne (L. u. St. G. Rath), die Frage bejahend, bemerkt, jenes R. habe nur entscheiden wollen, ob, wenn der mütterliche Großvater lebt, die Bestätigung auf Grund des §. **51** Anh. von dem Vormundschafts- oder von dem persönlichen Richter erfolgen müsse, und sich, weil in jenem Falle eine Bevormundung nicht erforderlich, für letzteres ausgesprochen. Viele Gerichte hätten dasselbe jedoch so aufgefaßt, als sei ausgesprochen worden, daß in jenem Falle überhaupt keine gerichtliche Bestätigung erforderlich. (Centralbl. 1842 S. 364.)

§§. **442. 443.** Diese §§. entscheiden eine gemeinrechtliche Controverse; vergl. l. 6 D. de transact. (II. 15), Glück Pand. V. S. **27** ff.

§§. **445—448.** Vergl. A. L. R. I. 14. §§. **310, 330.**

Neunter Abschnitt.

Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten durch deren Umschaffung.

Dig. XLVI. 2. — Cod. VIII. 42. —
Koch, Lehrbuch §§. 540 ff.
Temme über das Wesen der Novation nach Preuß. Recht. (Jur. W. 1845 S. 570 ff.)

Temme spricht sich a. a. O. über den Begriff der Novation aus und gegen Koch's Ansicht, insbesondere in Betreff des Verständnisses des §. **454.** d. Tit. Er führt zunächst aus, daß nach unserer Gesetzgebung eine Novation im Sinne des Röm. R. sich nicht denken läßt; dann, daß das L. R. sich unter einer Novation durch Veränderung in den Personen gar nichts gedacht haben könne.

Zehnter Abschnitt.

Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten durch deren Vereinigung.

§. **484**. Anh. §. **52**. I. Statt „Eigenthümer" ist „Eigenthume" zu setzen. (Ziehm. a. a. O.)

II. Zu den mitgetheilten Ergänzungen (Ausg. 2. Bd. 2. S. 246—286).
Zweiter Abschnitt. Wissenschaftliche Erörterungen über §. 52 d. Anh. (Ergänz. a. a. O. S. 254.)
Bornemann im Systeme Ausg. 2. §. 280. Bd. 4. S. 245—264.

Erstes Kapitel.

Die Hauptansichten, welche sich über die Grundidee des §. 52. des Anhangs gebildet haben.

Zu A.

Der Eigenthümer eines Grundstückes, welcher eine auf demselben eingetragene Forderung erwirbt, erlangt das Eigenthum der letzteren. Er wird Hypothekengläubiger und hat alle Rechte eines solchen.

1) Bornemann (System. Bd. 4. Ausg. 2. S. **253, 254**), unter Aufgebung seiner frühern Auffassung (sub. d.), hat sich gegenwärtig dieser Ansicht angeschlossen, indem er den (sub. c., Erg. Ausg. 2. S. **257** ff.) mitgetheilten Gründen des Plen. Beschl. v. 27. Mai **1839** beitritt, und außerdem bemerkt: die anerkannte Fortdauer des Hypothekenrechts (seine frühere Ansicht) ziehe die Anerkennung der Fortdauer des versicherten Forderungsrechts nothwendig nach sich. Die Macht der lebendigen Verhältnisse, welche die Anerkennung eines Dispositions-

rechts des Gutsbesitzers über die eingelöste Hypothek in vielen Fällen erfordern, habe über den Buchstaben und die strenge juristische Consequenz gesiegt, und die äußere Erscheinung der Sache dazu den Anhalt gewährt. Durch die Eintragung in das Hypothekenbuch, die Registrirung des Eintragungs-Vermerks auf das über die Forderung ausgestellte Instrument, und die Verbindung des Letztern mit dem Hypothekenscheine erhalte das Instrument Zuthaten, welche die Natur desselben als eines bloßen Beweismittels in den Hintergrund treten, und dasselbe als den Repräsentanten der Forderung selbst erscheinen lassen. Das accessorische Recht werde dadurch bis zur Löschung und der zum Zweck derselben nothwendigen Produktion und Kassation des Instruments, für den Verkehr gewissermaßen in die Hauptsache umgewandelt, die Forderung selbst dagegen in ein dem Instrumente anklebendes Accessorium umgeschaffen. Mit dieser, wenn auch aus dem streng juristischen Gesichtspunkte anfechtbaren Auffassung lasse sich die Annahme eines in der Befriedigung des Gläubigers liegenden Kaufs (vergl. die Gründe des obenerwähnten Plen. Beschl.) sehr wohl vereinigen. Wenn auch thatsächlich, so lange die Verbindung des Berechtigten und Verpflichteten in Einer Person fortdauert, das Forderungsrecht als solches für den Berechtigten keine Wirkung äußerte, so existire es doch rechtlich auch während dieser Verbindung, dergestalt, daß der Eigenthümer des Grundstücks allen dritten Personen gegenüber als Eigenthümer der Forderung zu betrachten.

2) Gegen die Argumentation von Koch und Schmidt (sub. A. f. Erg. Ausg. 2. Bd. 2. S. 259), nach welcher von Anfang an ein Korreal-Schuldverhältniß anzunehmen, aus welchem der eine Korreus, der persönliche Schuldner, entlassen wird, während der andere Schuldner, das Pfand, verhaftet bleibt — bemerkt Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 253, 254), nachdem er sich dem Einwande v. d. Hagen's (Erg. a. a. O. sub. g.) angeschlossen: Die §§. 492—494 h. t., auf welche man sich berufen, seien auf die hier hauptsächlich zu berücksichtigenden Fälle einer durch den Gutsbesitzer ersetzten Befriedigung des Hypothekengläubigers, nicht anwendbar; letztere seien vielmehr nach L. R. I. 5. §§. 443 ff. zu beurtheilen. Ueberdies könne das verpfändete Grundstück, selbst wenn man die Existenz einer subjektiv dinglichen Obligation anerkenne, höchstens einem mit der Verzichtleistung auf das beneficium excussionis eingetretenen Bürgen gleich geachtet werden; ein solcher Bürge aber werde in Folge einer Vereinigung der Rechte des Schuldners und Gläubigers von seiner Verbindlichkeit gänzlich befreit.

Zu B.

Durch den §. 52. des Anh. ist das Hypothekenrecht als ein selbstständiges Recht anerkannt worden. Demgemäß erlangt der Eigenthümer des Grundstückes, dem eine auf Letzteres eingetragene Hypothekenforderung auf irgend eine Weise zufällt, die Disposition über den freigewordenen locus, mithin eine Disposition, die unabhänging ist von der Forderung, für welche die Hypothek bestellt war.

Dieser Ansicht entgegen bemerkt Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 249): sie widerspreche der accessorischen Natur der Hypothekenrechte, welche ohne eine zu sichernde Forderung nicht denkbar, lasse sich auch aus den Worten des Gutachtens der Gesetz-Kommission nicht herleiten, indem der Ausdruck „vakante Hypothekenstelle" in Verbindung zu setzen mit dem nach dem Gutachten Seitens des Gutsbesitzers erworbenen „Gläubigerrechte," wobei der Gesichtspunkt einer immissio in locum creditoris dimissi vorgewaltet. Ferner würden nach dieser Ansicht die Rechte der nachstehenden Creditoren in einzelnen Fällen gefährdet werden können.

Zu C.

I. Vergl. über diese Ansicht Bornemann System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 249, 250.

II. (Zu lit. b. Ausg. 2. S. 261). Ueber die Frage: inwiefern dem nachstehenden Gläubiger das Recht zusteht, die Gültigkeit einer vorstehenden Hypothek anzufechten?

Plen. Beschl. des Geh. Ob. Trib. vom 19. Sept. 1845.

Nachdem durch den Plen. Beschl. vom 12. Nov. 1838 festgestellt war, daß in Konkursen und bei Unzulänglichkeit der Masse auch im erbschaftlichen Liquidations-Prozesse der Hypothekengläubiger befugt sei, die Gültigkeit eines vorstehenden, von dem Grundeigenthümer bestellten resp. nicht bestrittenen Hypothekenrechts anzufechten, und in einem, durch Plenar-Beschluß veranlaßten, Gutachten vom 11. März 1839 das Kollegium dieses Widerspruchsrecht des nachstehenden Hypothekengläubigers auch für den Fall eines bloßen Kaufgelderbelegungs-Verfahrens anerkannt hatte, hat bei der Abstimmung über eine, dem dritten Senate zum Spruche vorliegende Sache derselbe jenes Princip auch noch in einem erweiterten Umfange dahin anzuwenden beschlossen: daß auch außerhalb des Konkursus, des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses (bei vorausgesetzter Unzugänglichkeit der Masse) und des Kaufgelderbelegungs-Verfahrens, jeder Hypothekengläubiger gegen den voreingetragenen den Anspruch erheben dürfe, daß des Letzteren Hypothek materiell eine wirkliche nicht sei, und zu einer diesfälligen Klage verstattet werden müsse.

Diese Annahme stand mit Rechtssätzen, welche bei frühern Entscheidungen angenommen, im Widerspruch. Es machten sich insbesondere drei Ansichten geltend:

1) Der Hypothekengläubiger habe ein dingliches Recht auf die ganze Sache. Vermöge desselben müsse es ihm freistehen, jede seiner Befriedigung hinderliche Belastung der ihm verpfändeten Sache aus dem Wege zu räumen. Daß die Hypothekarien unter sich in gar keinem Rechtsverhältnisse ständen, sei nicht anzuerkennen; vielmehr sei solches eben dadurch hervorgerufen, daß ihnen gemeinschaftlich eine und dieselbe Sache verpfändet sei; diese Gemeinschaftlichkeit erzeuge eine Kollision ihrer Rechte, und aus diesem Grunde müßte einem Jedem von ihnen freistehen, sein besseres Recht gegen denjenigen geltend zu machen, welcher nach der Folgenreihe der eingetragenen Hypotheken ihm bei seiner Befriedigung aus den Kaufgeldern hinderlich sein würde.

Unter den Vertheidigern dieser Meinung erheben sich dennoch verschiedene Ansichten darüber, ob jenes Widerspruchs- oder Anfechtungsrecht nur dann geltend werden dürfe, wenn der Kollisionsfall wirklich eintrete, der Schade für den postlocirten Gläubiger sich wirklich zu Tage lege, — oder auch schon vorsorglich zum Voraus, um künftigen Beeinträchtigungen vorzubeugen. Die Vertheidiger der letzten Meinung wollten nun deshalb die Zulässigkeit des Widerspruchsrechts auch selbst außerhalb des Kaufgelderbelegungs-Verfahrens anerkannt wissen.

2) Eine andere Meinung ging dahin, daß das Widerspruchsrecht des postintabulirten Hypothekengläubiges zwar anzuerkennen sei, rücksichtlich der Rechtsgültigkeit der ihm vorstehenden Hypothek, nicht aber in Beziehung auf deren Verität, als welche vielmehr nur von dem Schuldner selbst angefochten werden dürfe. Ihr wurde insbesondere entgegengesetzt, daß zur Rechtsgültigkeit des Titels einer Hypothek ganz vornehmlich eben gehöre, daß eine wirkliche Forderung vorhanden sein müßte.

3) Eine dritte Fraktion des Kollegiums beharrte dabei, dem postintabulirten Gläubiger jedes Anfechtungs- oder Widerspruchsrecht zu bestreiten, weil er die Hypothek in dem Zustande, wie bei deren Bestellung das Grundstück sich eben befunden, einmal angenommen habe, weil das Rechtsverhältniß der Hypothekarien unter einander in Abrede zu stellen sei und auch nach preußischer Hypothekenverfassung die Verfolgung eines solchen Widerspruchs gegen den Inhaber der vorstehenden Post gar nicht einmal zum Ziele führe, da die Löschung derselben noch immer von der Zustimmung und dem Antrage des Schuldners und Besitzers abhängig bliebe.

Nach geschlossener Debatte erhebt das Kollegium folgende Grundsätze:

I. Auch bei dem an die Stelle des Kaufgelder-Liquidations-Prozesses durch die Verordnung vom 4. März 1834 §§. 16 und 22 (Gesetz-Sammlung S. 43—45) getretenen Kaufgelderbelegungs-Verfahren steht den nachstehenden Hypothekengläubigern frei, eben sowohl die Verität, als die Rechtsgültigkeit einer vorstehenden Hypothek anzufechten.

II. Derselbe Grundsatz gilt auch für die Fälle bloßer Revenüen-Vertheilung, sei es, daß das Exekutions-Verfahren nur erst bis zur Sequestration vorgeschritten, oder daß das Grundstück ein unverkäufliches sei.

III. Ueber die Grenzen des Konkurses, des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses (bei vorausgesetzter Unzulänglichkeit der Masse), des Kaufgelder-Belegungs-Verfahrens, der Revenüen-Vertheilung, und der in dem Gesetze vom 26. April 1835 über die Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger (Gesetzsammlung S. 53) vorgesehen Fälle, **hinaus**, steht ein solches Anfechtungs- oder Widerspruchsrecht dem postintabulirten Gläubiger nicht zu.

zum Beschluß. (Just. M. Bl. 1845 S. 193).

Zu D.

Vergl. oben zu A. Nr. 1.

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Streitfragen, welche sich auf §. 52. des Anhangs beziehen.

(Vergl. Erg. Ausg. 2. Bd. 2. S. 263.)

I.

Rechtsfragen, bezüglich auf die Requisite, unter denen §. 2. des Anhangs anwendbar.

Zu 1. **Ist §. 2. des Anh. auch bei noch nicht eingerichtetem Hypothekenbuche anzuwenden?**

Bornemann unter Aufgebung seiner frühern Ansicht **bejaht** den von **Kaupisch** und in den **Motiven** angeführten Gründen beitretend. (System. Bd. 2. Ausg. 2. Bd. 4. S. 262 bis 264).

Zu 3. **Erlangt der Gläubiger blos durch Zahlung der versichert gewesenen Geldsumme, oder durch jeden andern modus solvendi die Rechte eines Cessionars?**

Bornemann behauptet die **letztere Alternative**: die Absicht der Dekl. v. 3. April 1834 sei, den Fall der Zahlung den im §. 52. Anh. vorausgesetzten Fällen, wenn das Grundstück und die Hypothekenforderung durch Erbgangsrecht, oder aus einem andern zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Titel in eine Hand gekommen sind, **völlig gleich zu stellen.** Was also in der Dekl. über die Wirkung der Zahlung gesagt, müsse umsomehr für die Fälle der letztern Art gelten, und als allgemeines Princip angesehen werden. (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 257).

Zu 3.ª **Fällt die durch das Ausscheiden eines ungültigen Intabulats eröffnete Stelle** dem Eigenthümer des Grundstücks zur Disposition anheim?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 258) **verneint**, in Konsequenz seiner jetzigen Ansicht über die Hypothek des Eigenthümers. Bestehe diese in dem Forderungsrechte selbst, so setze sie auch eine **cessible Forderung** voraus.

Zu 5. **Kann über den durch eingelöste Pfandbriefe freigewordenen locus verfügt werden?**

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 258) tritt der von J. H. (sub a.) aufgestellten Unterscheidung bei.

Zu 6. **Findet eine Disposition über eine kautionelle Hypothek nach Erlöschung der Kaution statt?**

Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 258) **verneint**, den Gründen des mitgetheilten R. v. 31. Juli 1840 beitretend.

Zu 7. **Kann eine neue Forderung in die Stelle einer rechtskräftig verworfenen protestatio pro conservando loco einrücken?**

Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 258) **verneint**, aus den in dem mitgetheilten R. v. 12. Oct. 1839 und von **Koch** angeführten Gründen.

Zu 9. Kann derjenige, welcher für eine Forderung zwei Grundstücke verpfändet hat, nachdem der Gläubiger auf die ihm mit dem Einen Grundstücke bestellte Hypothek Verzicht geleistet, an die freigegebene Stelle eine andere Forderung eintragen lassen?

Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 259) verneint, weil der Besitzer nicht das Forderungsrecht selbst erworben habe.

Zu 10. Kann derjenige, welcher für eine Forderung zwei Grundstücke verpfändet hat, entweder im Einverständnisse mit den Gläubigern, oder nachdem letztere befriedigt, die Post auf dem einen Grundstücke löschen lassen und auf den Andern aufrecht erhalten, ohne daß den nachstehenden Gläubigern des einen oder des andern Gutes ein Widerspruch zustehe?

a) Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 261 ff.) wendet gegen die mitgetheilten Deduktionen v. d. Hagen's (sub A und B Erg. Ausg. 2 S. 271 u. 272) ein: die mehreren für eine und dieselbe Forderung verpfändeten Grundstücke könnten nicht als Korrealverpflichtete angesehen werden. Die Absicht der Kontrahenten gehe offenbar nicht dahin, mindestens die des Schuldners dann nicht, wenn er Eigenthümer aller verpfändeten Grundstücke war. Mit dem Fortfallen dieser Voraussetzung falle auch das angebliche Recht der Postlocirten, die Erstattung dessen, was aus den ihnen verpfändeten Grundstücken an den prälocirten Gläubiger gezahlt worden, aus den andern Grundstücken pro rata zu fordern. Dieses Recht würde ihnen vielmehr nur zustehen, wenn es ihnen eingeräumt und außerdem im Hypothekenbuche eingetragen wäre. Die Vorschrift des §. 521 Tit. 50 Thl. I. A. G. O. stehe dieser Ansicht nicht entgegen, da sie als singuläre Bestimmung außerhalb des Konkurses nicht anwendbar sei, zumal sie eine Ausgleichung auf Grund der geschehenen Feststellung der Kaufgelder voraussetze, welche Feststellung außerhalb des Konkurses nicht vorhanden. Als singuläre Vorschrift erscheine §. 521 a. a. O. ferner in Vergleichung mit A. L. R. I. 5. 443 ff., nach welchen anzunehmen wäre, daß die verpfändeten und in einem Korreal-Verbande stehende Grundstücke unter sich zu gleichen Theilen für die eingetragene Forderung verhaftet seien. —

b) Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 260) erachtet die Deduktion des mitgetheilten (sub B) R. v. 5. Febr. 1819 für inconsequent. Nehme man einmal an, daß die mehreren verpfändeten Güter als eben so viele Korrealschuldner anzusehen seien, so sei die Deduktion v. d. Hagens eine nothwendige Folge. Denn für den §. 437 Tit. 5 ergebe sich aus den §§. 443 ff. die Modifikation, daß auch der von dem Gläubiger ex nexu gesetzte Korreus demjenigen Korreus, welcher den Gläubiger befriedigt hat, einen verhältnißmäßigen Ersatz leisten muß.

II.

Rechtsfragen, welche sich auf das Verhältniß während der Suspension der Konsolidation beziehen.

Zu 1. Hat der Eigenthümer das Recht, die Post im Hypothekenbuche auf seinen Namen umschreiben zu lassen?

Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 257) nimmt in Konsequenz seiner jetzigen Ansicht über die Natur des Rechtsverhältnisses überhaupt, sein früheres Urtheil zurück, und bejaht.

Zu 2. Kann, gleichwie in andern activa des Schuldners, die Exekution in eine solche Hypothek desselben vollstreckt werden?

1) Es verneinen gleichlautende Erkenntnisse erster und zweiter Instanz (die Angabe des Gerichts fehlt): die Rechte des Eigenthümers beständen nur in der Befugniß zur Cession. (Jur. W. 1845. S. 546.)

2) Es bejahen:

a) das Geh. Ob. Trib. in dem ad 1 ergangenen Nichtigkeits-Erkenntnisse, die Hypothek als ein dem Eigenthümer gehöriges activum ansehend. (Jur. W. 1845 S. 546.)

b) Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 262) unter Zurücknahme seiner frühern Ansicht.

Zu 4. Kann im Falle der Konkurseröffnung, oder wenn sonst das ganze Vermögen zum Besten der Gläubiger in Beschlag genommen, eine solche

Hypothek von der Kommunmasse gegen die Immobiliarmasse zur dritten Klasse liquidirt werden?

Es bejahen:

a) das Geh. Ob. Trib. in dem Plen. Beschl. v. 9. Jan. 1846: Das Geh. Ob. Trib. hatte in früheren Fällen angenommen: daß, wenn bis zur Eröffnung des Konkurses der Gemeinschuldner solche Hypothekenforderungen, die ihm durch Zahlung oder auf sonstige Weise zur Verfügung anheimgefallen waren, nicht hatte löschen lassen, ohne dennoch aber durch Cession zu Gunsten eines Dritten darüber zu disponiren, — dergleichen Hypothekenforderungen ein Eigenthum der gemeinen Masse würden, und von den Gläubigern derselben in dritter Klasse liquidirt werden könnten.

Da in einem neueren Falle der dritte Senat hiervon abzuweichen beschlossen und vielmehr angenommen hatte, daß die nebenbezeichneten Hypothekenforderungen als nicht mehr existirend angesehen werden müßten, so ist die diesfällige Streitfrage an das Plenum gebracht worden, welches jedoch in der Sitzung vom 9. Januar 1846 sich für die ältere Meinung erklärt hat. (Justizmin. Bl. 1846 S. 32.)

b) Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 262) seine frühere Ansicht zurücknehmend; derselbe wendet gegen den (Ergänz. a. a. O. sub c) mitgetheilten Grund Koch's ein: nehme einmal das ungelöschte Forderungsrecht den Charakter eines dem Eigenthümer des Grundstücks zustehender Aktivi an, so finde auf dasselbe, wie auf andere activa des Gemeinschuldners §. 53 Tit. 50 I. A. G. O. Anwendung, so daß es einer besondern Ueberweisung an die Personalgläubiger nicht bedürfe, vielmehr das activum von selbst der Kommunmasse zufalle.

III.

Rechtsverhältnisse, begründet durch Disposition über die Hypothek.

Zu 1. Kann der Eigenthümer des Grundstücks, der die auf demselben eingetragene Hypothek bezahlt, und deren Löschung nicht bewirkt hat, auch nach der Veräußerung des Grundstücks über die Hypothek disponiren?

Es bejaht Bornemann. (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 257.)

Zu 2. Ist eine Succession in das Recht ex §. 52 Anh. möglich?

Es bejaht Bornemann, in Konsequenz seiner jetzigen Grundansicht sein früheres Urtheil auch bei dieser Frage ändernd. (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 258.)

Zu 3. Wenn der Eigenthümer die Forderung weiter cedirt hat, ist er Cedent oder neuer Schuldner?

Bornemann (System. Ausg. 2 Bd. 4 S. 259 sub d) nimmt Ersteres an.

---

§§. 500—512. Rechtswohlthat der Separation des Vermögens des Erben und Erblassers bei Konkursen.

Vergl. über das Röm. R. Tit. D. de separationibus (X. 11. 6.)

§. 502. Vergl. A. G. O. I. 50. §§. 275, 274.

§§. 503, 508. 1) Vergl. G. O. I. 50. §§. 280, 281.

2) Nach R. R. (L. 1 §. 13 D. de separ.)

§. 504. Nach Röm. R. (L. 1 §§. 10, 11, 15, 16, L. 7 D. de separat.)

§. 505. Vergl. L. 1 §. 16 D. de separat.

§§. 507—512. Vergl. über das abweichende Röm. R. L. 1 §. 2 D. de seperat.

Siebenzehnter Titel.

Vom gemeinschaftlichen Eigenthume.

Erster Abschnitt.

Vom gemeinschaftlichen Eigenthume überhaupt.

F. F. Weichsel, über gemeinschaftliches Eigenthum, Gemeinheiten und Servituten. Magdeburg 1824.
Koch, Schles. Archiv, Bd. 4, Nr. 1 u. 2.

§. 1. Vergl. A. L. R. I. 8. §. 14.

§. 4. Vergl. §. 60 h. t.

§. 10—24. Rechte der Theilnehmer überhaupt.

1) Koch bemerkt, daß nach diesen Grundsätzen die mehreren Eigenthümer zusammen ein Kollegium bilden. (Lehrb. §. 260 Bd. 1 S. 435.)

2) Sind zu Klagen wegen untheilbarer Rechte nur sämmtliche oder auch einzelne Theilnehmer befugt?

a) Bornemann bejaht, der (Ergänz. Ausg. 2 Bd. 2 S. 288) mitgetheilten Ansicht des Geh. Ob. Trib. sich anschließend, und will die Klage sowohl bei Eingriffen welche die Nutzungen, als bei solchen, welche die Substanz betreffen, zulassen, weil das Recht des Einzelnen durch die Uebrigen nicht geschmälert werden könne. (System. Bd. 4. Ausg. 2. S. 17.)

b) An einem andern Orte der zweiten Ausgabe des Bornemannschen Systems (§. 426 in fine Bd. 6 S. 334) wird dagegen die Frage verneint unter Bezugnahme auf die zu §. 117 h. t. Nr. 1 (Ergänz. Ausg. 2 S. 303) mitgetheilten Entscheidung des Geh. Ob. Trib.

Dieser innere Widerspruch dürfte dadurch gelöst werden, daß anscheinend nur die zu a. mitgetheilte Ansicht diejenige Bornemanns ist, indem, wie die Vorrede zu Bd. 4 besagt, die beiden letzten Bände der zweiten Ausgabe nicht von ihm, sondern von Temme revidirt sind.

3) Ist ein Geschäft, welches ein Theilnehmer ohne Beistimmung der Andern über die gemeinschaftliche Sache, deren Besitz oder Benutzung, geschlossen hat, nur rücksichtlich der widersprechenden Theilnehmer ungültig, oder ist auch der Verfügende selbst das Geschäft anzufechten befugt? (Vergl. Ergänz. Ausg. 2 Bd. 2 S. 289 sub II.)

Bornemann (System. Bd. 4 Ausg. 2 S. 5, 6) unterscheidet:

a) Ist die gemeinschaftliche Sache oder ein Theil derselben unter Vorbehalt der Genehmigung der Miteigentbümer verkauft, oder ausdrücklich als eine gemeinschaftliche bezeichnet, ohne daß der Verkäufer für den Erfolg einzustehen versprochen (A. L. R. I. 11. §. 139), so ist das Geschäft nach A. L. R. I. 5. §§. 40 ff. zu beurtheilen, und der Verkäufer, wenn die Genehmigung nicht erfolgt, auch nicht zur Ueberlassung seines Antheils verpflichtet.

b) Hat der Miteigenthümer die Sache als seine eigene verkauft, so kommt es nach Maßgabe der Vorschriften A. L. R. I. 11. §§. 136 ff. auf das Wissen oder Nichtwissen des Käufers an, und kann er danach nur im letztern Falle Erfüllung oder Gewährsleistung fordern.

§. 11. Nach Röm. R. gilt der Grundsatz, potiorem causam esse prohibentis (prohibendi potius, quam faciendi jus esse socio), vergl. L. 11 D. si servitus vind. (VIII. 5) L. 28 D. comm. divid. (X. 3.)

§§. 46, 47. Die Frage, ob und wie lange die nachtheiligen Folgen der Nichtzahlung der Beiträge durch spätere Zahlung nebst Zinsen und Kosten abgewendet werden können? ist im A. L. R. nicht entschieden. Bornemann (System. Bd. 4 Ausg. 1 S. 10, Ausg. 2 S. 8) hält eine purgatio morae der Natur der Sache nach so lange für zuläßig, als der Antheil des Restanten den Uebrigen noch nicht zuerkannt worden ist.

§. 53. Das Marginale gehört zu §. 52. (Ziehm. a. a. O.)

§. 55. Die Vorschrift dieses §. ist eine Anwendung der Regel res non succedit in locum pretii. Vergl. fernere Anwendungen derselben A. L. R. I. 18. 340, II. 1. §. 660, und die Ausnahme davon A. G. O. I. 50. §. 276, L. 5 D. de separat. (XLII. 6.)

§. 58. Nach Röm. R. haben in diesem Falle die Theilnehmer nur für culpa in concreto einzustehen (diligentiam qualem in suis rebus praestare debent) L. 25 §. 16 D. famil. ercisc. (X. 2.)

§. 60. 4. Aus diesen Vorschriften folgert Koch mit Recht, daß auch ein bestimmter idealer Antheil vindicirt werden kann; vergl. auch Gajus IV. §. 54, L. 76 pr. D. de rei vind. (VI. 1) L. 8 §. 1 D. comm. div. (X. 3.) (Koch, Lehrb. Bd. 1 §. 239 S. 407.)

§. 61. Anwendungen des Ganerbenrechts siehe A. L. R. II. 8. §. 1437, Tit. 16 §. 282.

§. 62. 1) Vergl. A. L. R. II. 8. §§. 1441, 1442.

2) Bornemann ist der Ansicht, daß, wenn der Ausscheidende nicht wählt, das Loos entscheiden müsse. (System. Bd. 4 Ausg. 1 S. 15, Ausg. 2 S. 11.)

§. 66. Statt „auszuweisen“ ist „nachzuweisen“ zu setzen. (Ziehm. a. a. O.)

§§. 75. 118 ff. Ueber die Frage, ob auch im Fall der Gütergemeinschaft der erblassende Ehegatte die Fortdauer der Gemeinschaft zwischen seinen Erben und dem überlebenden Ehegatten rechtsgültig anordnen kann, vergl. die Ergänz. u. Suppl. zu A. L. R. II. Tit. 1 §§. 634 ff., Tit. 18 §§. 409 ff.

§§. 97. 98. Vergl L. 10 §. 2 comm. divid. (X. 3), L. 7 Cod. commun. utriusque jud. (III. 38.)

§. 111. Vergl. über das Röm. R. §§. 5, 7. J. de officio jud. (IV. 17.)

Zweiter Abschnitt.

Vom gemeinschaftlichen Eigenthum der Miterben.

Koch Lehrbuch §§. 520—523 (Bd. 2. S. 129 ff.)
Bornemann System. Bd. 6. Ausg. 1 §§. 507—526, Ausg. 2. S. 328—345.

Finden die in diesem Abschnitte enthaltenen Grundsätze auch auf Vertragserben Anwendung?

Bornemann (Syst. Bd. 6. Ausg. 1. S. 507. Ausg. 2. S. 328) bejaht, den mitgetheilten (vergl. Ergänz. Ausg. 2. S. 298. sub II.) Gründen der Gesetzrevisoren beistimmend.

§. 123. Ueber das R. R. vergl. §§. 4, 7. J. de officio jud. (IV. 17.)

§§. 127—146. Rechte und Pflichten in Ansehung der Erbschaftsschulden und Lasten.

§. 130. Ueber das Röm. R. vergl. L. 3. D. fam. ercisc. (X. 2.) L. 40. §. 2. D. de pactis (II. 14.), L. 25. Cod. eod.

§. 134. Ist unter dem „erhaltenen Erbtheile“, über dessen Betrag hinaus nach erfolgter Erbschaftstheilung der Benefizialerbe für das Ganze nicht belangt werden kann, die bei der Theilung ihm abgeschichtete Summe zu verstehen, oder ist auf Verluste, die ihn dabei erst nach der Theilung betroffen, Rücksicht zu nehmen?

Letzteres nehmen an das Kommerz.- und Admir.-Kolleg. zu Königsberg und das Trib. des Königreichs Preußen in den Erk. v. 23. Nov. 1841 und 7. Juli 1842.

Ersteres das Geh. Ob. Trib. in dem das letztgenannte Urtel vernichtenden Erk. v. 4. März 1843. Der Fall lag so: Die für die Kinder abgeschichteten Antheile waren dem miterbenden Vater zur gesetzlichen Verwaltung übergeben, auf seine Grundstücke eingetragen, bei der Subhastation der letztern aber zum Theil ausgefallen. Die beiden ersten Richter nahmen an, der Erbtheil, den die Kinder erhalten, bestehe in der That nur in derjenigen Summe, welche ihnen aus dem Subhastationserlös zugefallen, wogegen das Geh. Ob. Trib. den Ausfall als einen den Nachlaßgläubigern gegenüber ganz gleichgültigen Umstand ansieht, indem es unter dem erhaltenen Erbtheil den effectiv abgeschichteten versteht.

(Entsch. Bd. 9. S. 238 ff., vergl. auch Suppl. zu §§. 443, 444, 452—454. Tit. 9. Thl. I. A. L. R.)

§§. 147. Vergl. L. 23. Cod. fam. ercisc. (III. 36.)

§. 149. 1) Vergl. A. L. R. I. 5. §. 449.

2) Ueber das R. R. vergl. L. 25. §. 13. D. fam. ercisc. (X. 2.)

§. 151. 1) Vergl. die Erg. zu A. L. R. I. 16. §. 308.

2) Kann vor der Theilung ein einzelner von mehreren Miterben gegen einen andern Miterben auf Anerkennung der Kollationspflicht klagen?

Es verneint der II. Sen. des O. L. G. zu Frankfurt durch das Erk. v. 21. März 1843, weil in Bezug auf den Nachlaß der konferirende Erbe Nachlaßschuldner bis auf Höhe der Ausgleichungssumme sei.

Es bejahet das Geh. Ob. Trib. durch Erk. v. 28. Juni 1844: In solchem Falle ist gar nicht von einer Einziehung die Rede, und nur auf eine solche bezieht sich der §. 151, der auf Kollation dringende Miterbe will nicht den zu konferirenden Betrag in seinen eigenen Nutzen verwenden; er macht nur das Recht geltend, daß Jener sich eine gewisse Summe auf Grund des Gesetzes — oder allenfalls auf Grund eines Vertrages — auf seine Erbrate anrechnen lasse,

oder, was gleich viel ist, ihm gestatten müßte, eine Summe gleichen Betrages aus der Erbmasse vorweg zu nehmen. Welches, wenn solcher Anspruch für begründet erkannt würde, das endliche Resultat davon sein, ob insbesondere der Verklagte irgend etwas zu zahlen, der Kläger einen solchen zu empfangen haben werde, bleibt dabei gänzlich dahingestellt, und von der künftigen weiteren Auseinandersetzung abhängig. Der Zweck des §. 151 geht, wie die sich anschließenden Paragraphe ergeben, unzweifelhaft dahin, den Nachlaßschuldner gegen die etwanigen Ansprüche der übrigen nicht mitklagenden Erben zu sichern; davon kann aber die Rede nicht sein, wenn der als Kläger auftretende Erbe keine Zahlung zu seinen Händen begehrt, sondern nur dahin anträgt: daß bei der Regulirung des Nachlasses der in Anspruch genommene Miterbe sich eine bestimmte Rechnungsweise gefallen lassen müsse. Auch führt die Vorschrift der Prozeßordnung Tit. 46 §. 16 ausdrücklich darauf hin, daß bei Streitigkeiten über Erbtheilungen zur Instruktion der einzelnen Streitpunkte nur diejenigen Interessenten zugezogen werden, welche jeder einzelne angeht. (Entscheid. Bd. 10. S. 190 ff.)

3) Kann vor der Theilung der Erbschaft einer von mehreren Erben ohne Zuziehung der übrigen auf Rückgabe eines von dem Erblassers mittelst eines simulirten Vertrags verkauften und von demselben dem Käufer übergebenen Grundstücks klagen?

Es verneint ein Gericht zweiter Instanz auf Grund der Vorschriften in §§. 1, 2, 10, 151 h. t.

Es bejaht das Geh. Ob. Trib. in dem Nichtigkeitserkenntnisse v. 29. Sept. 1843: die §§. 1, 2, 10, 151 sprechen zwar den Grundsatz aus, daß kein Theilnehmer ohne Beistimmung der übrigen über die gemeinschaftliche Sache, deren Besitz oder Nutzung gültige Verfügung treffen kann. Damit ist indessen nur gesagt, daß kein Theilnehmer durch einseitige Verfügungen die Rechte der übrigen soll beeinträchtigen dürfen, nicht aber ist dadurch der anderweitige Grundsatz des §. 4 aufgehoben, wonach das Recht eines jeden Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache zum besondern Eigenthume desselben gehört. Dieser letztere Grundsatz bringt es mit sich, daß der einzelne Theilnehmer alle Maßregeln, welche zum Schutze seines besondern Eigenthums gereichen, muß ergreifen können, sofern sie die Rechte der übrigen Miteigenthümer nicht gefährden noch beeinträchtigen; Einl. zum A. L. R. §. 89. Dieser Rechtsschutz würde einem Miterben, welcher ein nach seiner Ansicht zum Nachlasse gehöriges Grundstück für den Nachlaß vindizirt, versagt werden, wenn man ihn mit seiner dießfälligen Klage lediglich darum abweisen wollte, weil andere Miterben dieser Klage nicht beitreten wollen. Er würde einen vollkommen begründeten Anspruch vielleicht dem bloßen Eigensinne oder Unverstande anderer Miterben zum Opfer bringen müssen. Dies anzuordnen ist nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen. Dem Zwecke des Gesetzes, daß keiner der andern Miterben beeinträchtigt werde, wird vollkommen genügt dadurch, daß der klagende Miterbe das Grundstück nicht für sich allein, sondern für die Nachlaßmasse, also als künftiges Theilungsobjekt in Anspruch nimmt. Hierin wird auch dadurch nichts geändert, wenn das Grundstück, wie hier, nicht unentgeltlich, sondern nur gegen Zahlung einer Geldsumme zurückgefordert wird und werden kann. Denn hierdurch wird, weil das Erkenntniß nicht gegen die klagenden Miterben ergeht, für dieselben auch keine Zahlungsverpflichtung, die sie künftig nicht selbst anerkennen wollen, begründet: und der klagende Miterbe ist, wenn er aus einem obsieglichen Erkenntnisse auf Herausgabe des Grundstückes Exekution nachsucht, zur Zahlung der dagegen zu gewährenden Geldsumme dem Verklagten verpflichtet, während die übrigen Miterben eine Verpflichtung zur Schadloshaltung erst und nur dann überkommen, wenn sie es ihrem Vortheile angemessen finden, das von ihm vindizirte Grundstück zu beanspruchen und wirklich zur Masse zu ziehen. (Jur. W. 1844 S. 521 ff.)

§. 160. Vergl. A. L. R. I. 12. §. 244.

Dritter Abschnitt.

Von Gemeinschaften, welche durch Vertrag entstehen.

§§. 169—175, 183—187. Wegen der Aktiengesellschaften vergl. Erg. zu A. L. R. II. 6. §. 11.

§. **211**. Ebenso nach Röm. R., vergl. §. 9. J. de societate (III. 25.)

§. **225**. Ueber den dies a quo der Verzinsung läßt sich das Gesetz nicht aus; es werden aber die A. L. R. I. 13. §§. 70 ff. enthaltenen Vorschriften auch hier anzuwenden sein, da von einer Verwendung zum gemeinschaftlichen Besten nicht die Rede sein kann, wenn der Vorschuß aus dem gemeinschaftlichen Fonds hätte gefordert werden können.

(Bornemann, System. Bd. 4. Ausg. 1. S. 45, Ausg. 2. S. 29.)

§. **237**. Haften in dem Falle dieses §. die Gesellschafter pro rata ihrer Antheile am gemeinschaftlichen Fonds oder nach Verhältniß ihrer Gewinn- und Verlustantheile?

Bornemann entscheidet sich auf Grund der Materialien für ersteres, so daß ein vom Geldbeitrage entbundener Socius in diesem Falle gar nicht verhaftet, und hinter den Worten „für seinen Antheil" die Worte „am gemeinschaftlichen Fonds" hinzuzufügen seien, giebt jedoch zu, daß diese Auslegung den gemeinen Rechtsprinzipien nicht gemäß sei.

(System. Bd. 4. Ausg. 1. S. 53, Ausg. 2. S. 34.)

§. **251**. Ueber die Frage, wie die Kaufgelder zu vertheilen sind, wenn in einer gleichzeitigen Subhastation mehrerer Grundstücke auf Grund einer Uebereinkunft der Interessenten die Grundstücke einzeln und vereinigt zum Verkaufe ausgesetzt, und für das auf die vereinigten Grundstücke erfolgte höchste Gebot adjudicirt worden sind? vergl. die Suppl. A. G. O. I. 50. Abschn. 9, zum Ges. v. 28. Nov. 1840 §§. 3—5.

Fünfter Abschnitt.

Von Grenzscheidungen.

Bezieht sich dieser Abschnitt auch auf Scheidemauern zwischen Gebäuden?

Es verneint das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Mai 1843: der ganze Abschnitt enthält nichts, woraus auf das Eigenthum der Scheidemauer zweier Gebäude auch nur ein entfernt begründeter Schluß gemacht werden könnte. Er handelt von Grenzscheidungen, und führt als dazu geeignete Mittel Grenzraine, Gräben, Steine, Pfähle, Bäume und Grenzhügel auf, deren Einrichtung und Erfordernisse angegeben werden. Darauf wird von der Ausmittelung verdunkelter Grenzen, von dem Verfahren bei Grenzerneuerungen gehandelt, nirgend aber davon, wem die Grenzscheide selbst gehöre. (Entsch. Bd. 9. S. 200 ff.)

§§. **362—366**. Vergl. A. L. R. I. 8. §§. 118, 119.

§§. **377** ff. Ueber das Röm. R. vergl. §§. 6. 7. J. de officio jud. (IV. 17.)

Achtzehnter Titel.

Vom getheilten Eigenthume.

Budäus Gedanken von dem Unterschiede unter oberm und nutzbarem Eigenthume, in Zepernick Sammlung auserlesener Abhandl. aus dem Lehnrechte, Bd. IV. S. 61 ff.

Koch Lehrb. §. 262. Bd. 1. S. 436 ff.

§§. **8—10**. Vergl. II. F. 28, §. 2.

Erster Abschnitt.

Vom Lehne.

Literatur.

I. Gemeines Lehnrecht.

Schrader Tract. feud. in decem partes distributas; opera Jo. Brandis. Francof. 1594 fol.

Heinr. a Rosenthal, Tractatus et Synopsis totius juris feudalis. Francof. 1602 fol., zuletzt cum praef. Georg Mich. a Ludolph. Francof. 1722, fol.

Georg Ad. Struv Syntagma juris feudalis, Jen. 1653 und nachher öfter, zuletzt zum 11ten Male von Senkenberg, Francof. ad Moen. 1734. 4.

Horn Jurisprudentia feudalis Longobardo-Teutonica. Viteb. 1705. 4.
Ein Verzeichniß der Schriftsteller über das gesammte auch particulare Lehnrecht giebt Hagemann Einl. in das gemeine in Deutschland übliche Lehnrecht, 3te Aufl. Hannover 1801.

II. Preußisches Lehnrecht.

Ueber die Lehne im Königreich Preußen, in Zepernicks Miscellaneen. Bd. IV. No. IX.
Koch, Lehrb. §§. 263—299. (Bd. 1. S. 438 ff.)

Einleitung.

I. Vergl. Koch Lehrb. §. 263 (Bd. 1. S. 439).

II. Zu 3) Provinz Posen (Ausg. 2. S. 330).

Das Fürstenthum Krotozyn soll gegenwärtig auch allodificirt sein.
(Bornemann System. Bd. 4. Ausg. 2. S. 53.)

III. Zu Nr. 4 (Ausg. 2. S. 330) Provinz Pommern.

1) G. v. 28. Nov. 1826, betr. das Aufgebot der Agnaten bei Veräußerungen der Lehne in Pommern an Familienglieder, (G. S. 1826 S. 120) welches zu §§. 302 ff. h. t. mitgetheilt ist.

2) Verord. v. 11. Mai 1839 über das Verfahren bei Subhastation Pommerscher Lehngüter. (G. S. 1839 S. 167.)

3) Ges. v. 11. Juli 1845 über die Lehns- und Successionsregister in Altvorpommern und Hinterpommern (G. S. 1845 S. 474). Dasselbe ist in den Supplem. zur Hyp. O. mitgetheilt.
Diese Lehns- und Successionsregister treten in gewissen Beziehungen an die Stelle der Hypothekenbücher, indem verordnet ist (§. 7), daß Verfügungen über Lehngüter nur von solchen Agnaten und Mitbelehnten angefochten werden können, die zu der Zeit, als die Verfügung vorgenommen wurde, in die Lehns- und Successionsregister bereits eingetragen waren, und daß in allen den Fällen, in denen nach allg. gesetzlichen Vorschriften die im Hypothekenbuche eingetragenen Lehnsinteressenten zu einem Rechtsgeschäfte zugezogen werden müssen, vom 1. Januar 1848 an die Zuziehung der in die Lehns- und Successionsregister eingetragenen Lehnberechtigten genügt. (§. 9.)

4) Deklar. v. 11. Juli 1845, betr. die Errichtung von Familienschlüssen.
(G. S. 1845 S. 482.)

IV. Zu Nr. 5. Provinz Brandenburg.

Deklar. v. 5. Nov. 1843, betr. die Nothwendigkeit des Consenses der Agnaten zur Verpfändung der Substanz eines Lehngutes in der Altmark, Priegnitz, Mittel- und Ukermark, sowie in den Kreisen Beeskow und Storkow. (G. S. 1843 S. 339.) Durch dieselbe sind die §§. 46 der Lehnskonstitution v. 1. Juni 1723 deklarirt worden.

V. Zu Nr. 6. Provinz Schlesien.

G. v. 11. Juli 1845, wegen Aufhebung der im Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz geltenden besondern Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge.
§. 3. Die provinzialrechtlichen Normen über die Lehnssuccession werden durch das gegenwärtige Gesetz nicht aufgehoben. (G. S. 1845 S. 471.)

VI. Zu Nr. 7. Provinz Sachsen.

1) Zu A. K. O. v. 7. Febr. 1845, betreffend die Aufhebung der Unfähigkeit von Personen bäuerlichen Standes zur Erwerbung von Lehn-Rittergütern in den ehemals Königlich Sächsischen Landestheilen. (G. S. 1845 S. 96.) Vergl. §. 4 des Publ. P. v. 15. Nov. 1816. (Ergänz. Thl. I. S. 57.)

2) Zu C. Altmark.

K. O. v. 8. Nov. 1845, betreffend die Altmärkischen Bauerlehne, nebst Bericht des Staatsministerii v. 14. Oct. 1845 (G. S. 1845 S. 721, 722), welche die Auslegung des §. 78 des G. v. 21. April 1825 über die den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche vormals eine Zeit lang zum Königreich Westphalen gehört haben, zum Gegenstande haben.

3) Oberlausitz.

K. O. v. 13. Nov. 1844 wegen Aufhebung des Einstands- oder Vorkaufsrechts des, in dem

Markgrafthume Oberlausitz ansäßigen alten Adels auf die, an Kommunen oder an Personen bürgerlichen Standes verkauften Lehn= und Rittergüter. (G. S. 1844 S. 676.)

---

§. 7. Statt „§§. 81 sqq." ist „§§. 94 sqq." zu setzen. (Ziehm. a. a. O.)

§. 13. Vergl. I. F. 6. §. 2. II. F. 8. §§. 1 ff.

§. 16. Ueber den Unterschied der gesammten Hand (simultanea investitura in specie) des Sächsischen Rechts und der Sächsischen Gesammtbeleihung (coinvestitura) vergl. Zachariä sächs. Lehnrecht, §§. 58 — 60.

§. 20. 1) Vergl. §. 82 h. t.

2) Vergl. II. F. 7, II. F. 55. §. 5.

§§. 21, 22. Der Schutz des Lehnsherrn hat heutzutage ganz und gar keine Bedeutung. Früher bezog sich der Lehnsschutz darauf, daß der Lehnsbesitz im ordentlichen Gerichte keinen Schutz fand, sondern durch den Lehnsherrn vertreten und geschützt werden mußte, wovon in der Weise jetzt keine Rede mehr ist. Die §§. 21 u. 22 können daher auch nicht von einer Vertheidigung im gewöhnlichen Sinne des Wortes verstanden werden, sondern sind auf diejenige Gewährsleistung in Bezug auf das Lehn zu verstehen, welche auch bei allen übrigen Vertragsverhältnissen zu deren Erfüllung gehört. (Vergl. Koch Lehrb. §. 264 Bd. 1. S. 442.)

§§. 27—30. 1) Vergl. §. 517 h. t.

2) Ob natürliche An= und Zuwüchse von selbst die Lehnseigenschaft haben, ist gemeinrechtlich streitig. Die entgegengesetzten Meinungen darüber stützen sich auf I. F. 4. §§. 5, 6. Vergl. darüber Einert, de incremento vel alluvione vel fluminis vi fundo feudali adjecto, tributis sexagen. haud obnoxio. Lipz. 1772.

§. 31. Statt „§. 526" ist „§§. 527 sqq." zu setzen. (Ziehm. a. a. O.)

§§. 34 – 38. Vergl. §. 210 f. h. t.

§. 37. Vergl. §. 14 h. t.

§. 40. Res infeudari solita. Vergl. Zepernik Miscel. III. 13.

§. 43. Die gemeinrechtlichen Feudisten sind darüber uneinig: ob Jemand, der nicht das Bewaffnungsrecht hat, ein eigentliches Lehn errichten könne, weil der Kriegsdienst ein Naturale desselben ist. Moser von den deutschen Unterthanenrechten. S. 210.

§§. 45—47. Vergl. I. F. 24, II. F. 3. §. 2, II. F. 24. §. 7.

§§. 77. 78. Vergl. Koch Lehrb. §. 266. Note 16. (Bd. 1. S. 444.)

§. 80. Vergl. II. F. pr. u. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatrecht. §. 208.

§. 86. Schon die Gold. B. tit. XVI., der Landfr. v. 1548 §. 1 und W. F. §. 30 verbieten den Unterthanen, sich in fremden Schutz zu begeben.

§. 87. Koch bemerkt, bei der Redaction dieses §. sei ein Fehler vorgefallen, da bei Fideicommissen die ausdrückliche Einwilligung des Landesherrn in der Regel nicht erforderlich sei. Anfänglich habe man die Errichtung von Fideicommissen von der landesherrlichen Einwilligung abhängig zu machen beabsichtigt, sei aber davon abgegangen, ohne die betr. Worte hier zu streichen. (Lehrb. §. 267. Note 1, Bd. 1. S. 444.)

§§. 89. 93. Vergl. I. F. 25, II. F. 2. pr., II. F. 33 pr.

§. 99. Bornemann (System. Bd. 4. Ausg. 2. S. 61. Note) tritt der mitgetheilten Ansicht der Gesetzrevisoren über das Verständniß dieses §. bei.

§§. 100. 101. Diese Grundsätze waren im gem. R. streitig. Vergl. Strube Nebenst. III., 17. §§. 2 ff.; Hommel Rhaps. I. 303.

§. 106. Das Institut des Prodominus und des Prodominium handelt das A. L. R. nicht besonders ab. Fernere Anwendungen davon sind zu finden in den §§. 160, 165, 451 h. t.

§. 110. Vergl. II. F. 40. pr., woraus gefolgert wird, daß auch bei unadligen (irregulären) Lehen eine Lehnserneuerung bei Veränderungen in der Person des Lehnsherrn nöthig ist.

§. 121. Vergl. L. R. I. 3. §. 49.

§. **144.** Vergl. über d. gem. R. Posse von der Verbindlichkeit der Vasallen zu Ehrendiensten. Rostock. 1797.

§. **145.** Vergl. II. F. 107.

§. **146.** Eine Ausnahme ist §. 152.

§. **153.** Vergl. II. F. 26. §. 17. II. F. 31.

§§. **161. 162.** Vergl. II. F. 40. §. 3.

§. **166.** Vergl. II. F. 2. pr. II. F. 32.

§§. **170—173.** Gemeinrechtlich ist der Umfang der Lehnsgerichtsbarkeit streitig. Vergl. Häberlin Repertorium, s. v. Lehnsgerichtsbarkeit §§. 4 u. ff. u. Lehnssachen.

§. **175.** Vergl. I. F. 22. §. 2.

§§. **189. 190.** Vergl. II. F. 51. §. 2, II. F. 55 pr.

§§. **194. 195.** Vergl. I. F. 13. §. 3, II. F. 3. §. 1, II. F. 39. pr.

§§. **197—199.** Vergl. II. F. 26. §. 23; II. F. 48 pr.

§§. **210—227.** Nach G. R. wird die Subinfeudation durch Oblation für ganz unstatthaft gehalten. Nettelbladt D. de oblatione feudi in subfeudum absque consensu domini invalida. Hal. 1755.

§§. **229—311** ff. Nach Pommerschen Lehnrechten ist der nicht zu den Abkömmlingen des Lehnlassers gehörende Lehnsfolger, welcher das beneficium taxae ausübt, bei unzureichendem Allodialvermögen des Lehnlassers, auch selbst die gesetzlichen Lehnschulden nur innerhalb des durch die Lehnstaxe festzustellenden Werthes des Lehngutes zu übernehmen schuldig. Nur für solche Schulden, welche er selbst, oder ein durch seine Handlungen ihn verpflichtender Vorfahr konsentirt hat, bleibt der Lehnfolger unbedingt verantwortlich. So erkannt von dem Geh. Ob. Trib. unt. 7. März 1845. (Entsch. Bd. 10. S. 415 ff.)

§§. **243. 244.** War gemeinrechtlich streitig. Vergl. Weber Handb. des in Deutschland üblichen Lehnrechts. Leipzig 1807—1811. Bd. IV. S. 418.

§§. **252—256.** Vergl. Pufendorf Obs. IV. p. 262.; Struben rechtl. Bd. II. Nr. 96.

§§. **273—275.** Muß ein Sohn, der seines Vaters Allodialerbe nicht geworden, Verfügungen, welche blos die Nutzungen des Lehns betreffen, wider sich gelten lassen?

Bornemann, bei seiner bejahenden Ansicht stehen bleibend, hält den für die entgegengesetzte Ansicht (Erg. zu §. 267 sub 1. Ausg. 2. S. 378, 379) mitgetheilten Grund, daß §. 267 nur die Descendenten, welche des Vaters Erben geworden, zur Anerkennung der Dispositionen über die Nutzungen verpflichte, nicht für durchgreifend, weil §. 267 an der Stelle wo er steht, nur von dergleichen Descendenten habe handeln können, die Frage mithin immer aus §§. 273, 274, wo sedes materiae zu beantworten sei.

(System. Bd. 4. Ausg. 2. S. 89, 90.)

§. **278.** War nach gem. R. streitig. Vergl. Klüber jur. Bibl. IV. S. 192; Weber Handb. Bd. III. S. 441.

§§. **280—283.** Ob auch Descendenten, welche des Vaters Allodialerben unter der Rechtswohlthat des Inventars geworden, dessen Testament gelten lassen müssen ist nach gem. R. streitig. Vergl. Weber Handb. §. 296. IV. S. 524 ff., Böhmer Fr. de filio vasallo successore in feudum. Gött. 1779.

§. **290.** Die Vorschrift dieses § ist in Betreff Altvorpommerns und Hinterpommerns modificirt durch das Ges. v. 11. Juli 1845 über die Lehns- und Successionsregister (G. S. 1845. S. 474. vergl. oben zur Einl. II. 3.)

§§. **302** ff. Zum G. v. 28. Nov. 1826. (Ergänz. Zus. 5.) Bei dem in diesem Ges. gestatteten Aufgebote der Angaben bedarf es vom 1. Januar 1848 an nur noch der Vorladung der aus den Lehns- und Successionsregistern ersichtlichen Lehnberechtigten und des Aufgebots der ihrem Wohnorte nach unbekannten Agnaten. §. 11 des Ges. v. 11. Juli 1845 über die Lehns- und Successionsregister in Altvorpommern und Hinterpommern.

(G. S. 1845. S. 474.)

§ **314.** Vergl. Pufendorf Obs. 144, Zepernick Annal. p. 393.

§§. 331 ff. V. v. 11. Mai 1839 über das Verfahren bei Subhastation Pommerscher Lehngüter. (G. S. 1839. S. 167.)

§. 340. Vergl. L. R. I. 17. §. 55.

§§. 354 ff. Koch bemerkt, diese Kompetenz sei eigentlich wegen der Rechte des Lehnsherrn, welcher fordern kann, daß sein Vasall dienstfähig bleibe, gegeben; sie sei also ein beneficium competentiae ex persona tertii, wie das aller Beamten. (Lehrb. §. 281. Bd. 1. S. 460.) Vergl. Struben rechtl. Bd. I. 6.

§. 360. 1) Vergl. L. R. II. 2, §. 558.

2) Vergl. II. F. 26. §. 11.

§§. 362, 363. Ueber die Frage, ob die Lehnfolgefähigkeit der von einem Fremden, in einer nach den ausländischen Gesetzen seines Wohnorts vollkommen gültigen Ehe, erzeugten Söhne bezüglich der Succession in dessen hinterlassenen adliche Lehne im Inlande, durch die in dem A. L. R. für Kinder aus ungleichen Ehen vorgeschriebene landesherrliche Dispensation bedingt ist? Vergl. die Suppl. zu L. R. Einl. §. 32. (Entsch. Bd. 10. S. 143.)

§. 365. Vergl. II. F. 26. §. 9.

§§. 370—374. Geistliche als solche sind hiernach nicht ausgeschlossen, wie nach II. F. 21, 26. §. 6, 30. §. 1. Vergl. Schnaubert Erläut. S. 433 ff.

§. 380. Vergl. I. F. 1. §. 2, I. F. 8.

§§. 396. 397. Ueber die Todttheilung vgl. Schnaubert §. 139. (3. A. S. 438.)

§. 420. War nach gem. R. streitig. Vergl. Kind Quaest. I. cap. 7. u. 8.

§ 424. Vergl. II. F. 30. pr.; 11. pr. u. 50.

§§. 430—433. Gelangen nach dem Aussterben des Mannsstammes des neuen Erwerbers dessen männliche Descendenten durch Weiber zur Succession, oder müssen die Letzteren den männlichen Descendenten der weiblichen Nachkommen des ersten Erwerbers nachstehen, welche nach den §§. 425 bis 430 bisher ausgeschlossen worden?

Bornemann hat sich jetzt (System. Bd. 4. Ausg. 2. S. 118, 119) definitiv für die erstere Alternative entschieden, weil §. 432 lex specialis ist, und daher dem §. 429 vorgeht. (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 401.)

§§. 445, 466, 467. Vergl. II. F. 26. §. 3.

§. 453. Vergl. I. F. 3. pr. II. F. 26. §. 2.

§§. 458—465. Vergl. Becmann de expectativis feudalibus earumque collisione. Gött. 1753.

§. 478 ff. Vergl. II. F. 26. §. 8; 50.

§§. 515—517. Bornemann (System. Bd. 4. Ausg. 2. S. 124) tritt der (Ergänz. Ausg. 2. S. 405.) mitgetheilten Ansicht des Gesetzrevisors über das Verhältniß des §. 517 zu §§. 515, 516 bei.

§§. 527 ff. Vergl. Schweder de meliorationibus feudi. T. I. diss. c. 4.

§. 537. Bornemann (System. Bd. 4. Ausg. 2. S. 124) tritt der (Ergänz. Ausg. 2. S. 406) mitgetheilten Ansicht der Gesetzrevisoren über die Folgen der unterlassenen Aufnahme der gerichtlichen Taxe bei.

§. 575. Vergl. Hartm. Pistor Lib. II. quaest. 42. Nr. 21.

§§. 629, 630. Vergl. Hommel Obs. jur. feud. obs. 5., Weber Handb. §. 355. Bd. IV. S. 716.

§. 655. Koch bemerkt, die Bestimmung dieses §, soweit sie sich auf Eventualbelehnungen bezieht, sei gegen die Regel L. R. I. 4. §. 103, und I. 2. §. 126, weil die Eventualbelehnung ein dingliches Recht am Lehngute begründe. (Lehrb. §. 299. Bd. 1. S. 484.)

§. 666. Koch bemerkt, die Vorschrift dieses § harmonire in zweifacher Hinsicht nicht mit den Grundsätzen des A. L. R., nämlich darin, daß hier überhaupt die Verjährung durch Nichtgebrauch zuläßig sein soll, und daß gleichwohl bona fides des Besitzers erfordert wird. (Lehrb. §§. 149, 150, 295.)

§. 669. Ist nach gem. R. streitig. Vergl. Lancizolle de praescriptione feudi. Berol. 1820.

Zweiter Abschnitt.

Von Erbzinsgütern.

Inst. III. 24. — Dig. VI. 3. — Cod. IV. 66. —

Literatur.

I. Gemeines Recht.

Anton, Gesch. der deutsch. Landwirthschaft. 3 Thle. Görlitz 1799. 1802.

Gesenius, das Meierrecht mit Hinsicht auf Wolfenbüttel, ein Beitrag zum deutschen Rechte. 2. Bde. gr. 8. Wolfenbüttel. 1801.

Weichsel, das gutsherrliche und bäuerliche Verhältniß in Deutschland. Bremen 1822.

Buri, ausführliche Abhandlung von den Bauergütern mit Anmerkungen von Runde. Giessen. 1783.

Müller, über das Güterwesen. Neue wohlf. Ausg. Köln 1826.

Claproth. de praediis rusticorum imprimis illis quae Zins- et Erbzinsgüter voc.; in der Samml. der Abhandl. S. 126.

Glasmacher. de potior. diff. inter emphyt. rom. et germ. Marb. 1769.

Spengel, de natura et indole emphyteus. germ. Gött. 1771.

II. Preuß. Recht.

Bornemann, System. Bd. 4. Ausg. 1. S. 223—242. Ausg. 2. S. 138—152.

Koch, Lehrbuch §§. 309—316. (Bd. 1. S. 496 ff.)

Vorbemerkung.

Auflösbarkeit des Erbzinsverhältnisses. (vergl. Ausg. 2. Bd. 2. S. 414.)

I. Kann der Erbpächter oder Erbzinsmann das Erbpachts- oder Erbzinsgut wider den Willen des Erbverpächters oder Erbzinsherrn in freies Eigenthum verwandeln? Erlangt insbesondere der Erbzinsmann und Erbpächter durch Ablösung der Geld- und Naturalleistungen und Dienste zugleich das freie Eigenthum?

1) Es bejaht R. (in der Abhandl. jurist. Wochschr. 1845. S. 113 ff.) unter Hinweisung auf das den Pr. Landeskulturgesetzen zu Grunde liegende Princip, möglichst Freiheit des Grundbesitzes zu gewähren, auf §. 2 des Cultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 und auf den Eingang zur Ablösungsordnung v. 7. Juni 1821.

2) Es verneinen

a) F. P. in dem Gegenvotum zu der Abhandl. ad 1. (Jur. Wochschr. S. 261 ff.)

b) die Generalkomm. für die Kurmark Brandenburg durch Erk. vom 28. Aug. 1828;

c) tres conformes der Gen. Kom. zu Stendal (Erk. v. 29. Okt. 1831) das Revisions-Collegium zu Magdeburg (Erk. v. 29. Dec. 1832) und des Geh. Ob. Trib. (Erk. v. 9. Juni 1834). In letzterem wird ausgeführt: dem Erbverpächter sei gesetzlich nicht die Verpflichtung auferlegt, dem Erbpächter, sobald derselbe den Erbpachtskanon ablöse, das Eigenthum des Guts zu überlassen. Nach §. 2 des Landeskultur-Edikts v. 14. Sept. 1811 seien zwar die Erbverpächter verpflichtet sich die Ablösung des Kanons gefallen zu lassen, damit die Verwandlung der Erbpachtsgrundstücke in freies Eigenthum erleichtert werde; — letzteres jedoch nur insoweit, als dies rechtlich angeht. Hierin sei enthalten, daß die bloße Ablösung des Kanons das Erbpachtsgrundstück nicht in freies Eigenthum verwandelt. Es widerstreite dies auch der Natur des Erbpachtsgeschäfts. Der Erbpächter erlange nur das Nutzungsrecht und entrichte nur dafür den Kanon. Die Ablösung des Kanons könne also nur die rechtliche Wirkung haben, daß sein Nutzungsrecht von der darauf haftenden Abgabe frei wird, nicht aber, daß ihm auch das Eigenthum des Erbpachtsgrundstückes ohne Weiteres anheimfällt."

Die Entscheidungen ad b u. c. hatten nur Erbpacht zum Gegenstande.

(Jur. Wochenschr. 1845. S. 287 ff.)

II. Nach dem G. v. 31. Jan. 1845 (G. S. S. 93.) kann in denjenigen Landestheilen, in welchen die Abl. O. v. 7. Juni 1821 gilt, die bisher dem Erbzinsmann zustehende Befugniß, die festen Geld- und Getreideabgaben durch Kapital abzulösen, durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Vergl. das Gesetz selbst oben. S. 12 zu Tit. 4. §. 6. Zus. 2.

§. 703. Vergl. §. 808 h. t., L. R. I. 19. §. 30.

§§. 714—746. I. Laudemien.

Franzke, de laudemio. Jen. 1628.
Beck, de jure detract. und vom Handlohn. Neue Ausg. mit vielen Zusätzen von Lange. Baireuth. 1781. —
Klingner Samml. zum Bauernrecht, Thl. IV. S. 58 ff.
Henne de laudemio censuali Erf. 1770. 4.

II. Beweis der Laudemialpflichtigkeit. (Ausg. 2. Bd. 2. S. 421.)

(Zu 4.) Kann die Laudemialpflicht durch Anerkenntniß derselben begründet oder bewiesen werden, wenn es an der Angabe einer gültigen causa debendi mangelt?

Kuh (Reg. R.) erklärt die mitgetheilte verneinende Ansicht des Geh. Ob. Trib. für unhaltbar vom rechtlichen und sittlichen Standpunkte aus, im Wesentlichen der mitgetheilten Ansicht von Koch beitretend. (Koch Schles. Arch. Bd. 6. S. 129, 130.)

§§. 714 ff. 1) Provinzialrecht für Westpreußen:

§. 9. Ein Laudemium kann bei einem Erbzinsgute nur gefordert werden, wenn die Verpflichtung zu dessen Zahlung ausdrücklich auferlegt oder anerkannt, oder wenn dasselbe in den dem streitigen Falle unmittelbar vorhergegangenen beiden Veräußerungsfällen entrichtet worden ist.

§. 10. Verwandte, bis zum vierten Grade einschließlich, sind in Erbfällen von Entrichtung des Laudemiums befreit. (G. S. 1844. S. 105.)

2) Sind Verträge, in welcher ein bei jeder Besitzveränderung zu zahlendes Laudemium ausbedungen wird, zuläßig?

Es verneinen:

a) Koch (Lehrb. §. 316. Bd. 1. S. 505), den Gründen des mitgetheilten R. v. 10. April 1837 beitretend. (Vergl. Ausg. 2. Bd. 2. S. 422.)

b) Das Min. d. J. in dem R. v. 9. Jan. 1843 und in der Verf. v. 11. Mai 1844. Ersteres, den Gründen des R. v. 10. April 1837 ebenfalls beitretend, gründet sich außerdem darauf:

1) daß nach §. 12. des Regul. Ed. v. 14. Sept. 1811 die Entschädigung des Gutsherrn in der Regel in einem Drittheil sämmtlicher Ländereien bestehen, es jedoch den Interessenten freistehen soll, sich auf eine Vergütigung im Kapital oder durch Rente zu einigen,

2) daß die Willensmeinung des Gesetzgebers aus dem spätern für die Provinz Posen gegebenen Regul. Gesetze v. 8. April 1823 ganz unzweifelhaft hervorgehe, indem im §. 16. desselben der Vorbehalt von Laudemien bei Besitzveränderungen allgemein untersagt und sogar die Ueberlassung zu Erbzinsrecht, da sie die freie Verfügung beschränkt und neue Verwickelungen herbeiführt, ausdrücklich ausgeschlossen ist. (V. M. Bl. 1844. S. 172.)

§. 716. Laudemien der Descendenten.

1) Ist ein Descendent, welcher nach dem Tode seines Ascendenten bei der zwischen mehreren Descendenten erfolgenden Erbesauseinandersetzung ein von dem Erblasser besessenes laudemialpflichtiges Gut übernimmt, zur Entrichtung des Laudemii verpflichtet?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 146) verneint: die §§. 742—746, welche für die Bejahung angeführt, seien nur auf laudemialpflichtige Erben zu beziehen, fänden also auf Descendenten keine Anwendung.

2) (Zu IV.) Schlesien. (Vergl. Ausg. 2. Bd. 2. S. 424 ff.

Die in dem mitgetheilten Gutachten der Ges. Kom. v. 6. Jan. 1804 mit erörterte Streitfrage: ob die Vorschriften der sanctio pragmatica v. 13. Juni 1744, betreffend die Befreiung der Descendenten und Wittwen von Erlegung der großen Kanzelleitaxe allgemeine Geltung in Schlesien haben? ist jetzt bejahend entschieden durch den

Plenarbeschl. v. 19. Juni 1844:

Die sanctio pragmatica v. 10. April 1693, welche Descendenten von der Entrichtung der Traditions-Gebühr für durch Erbschaften erworbene Güter befreiet und auch Rücksichts der Wittwen verordnet, daß sie nicht pro extraneis zu achten, und das Ed. v. 13. Juni 1744,

wonach von Descendenten und Eheleuten in Erbfällen die große Kanzlei-Taxe nicht erhoben werden soll, sind für allgemeine schlesische Provinzialgesetze zu achten, welche an und für sich auch die Fürsten und Standesherren Schlesiens, Rücksichts der bei Besitzveränderungen adeliger Güter zu erhebenden großen Kanzellei-Taxe verbinden.

(J. M. Bl. 1844. S. 192, Entsch. des Geh. Ob. Trib. Bd. 10. S. 73—96.)

§. 717. Laudemialpflicht bei Gutsabtretung der Ascendenten an Descendenten. — Schlesien.

I. Bornemann (System. Ausg. 2., Bd. 4. S. 144.) tritt dem Plen. Beschl. vom 10. Jan. 1842 bei.

II. Macht sich die Vorschrift dieses §. auch in Schlesien dahin geltend, daß Descendenten auch bei reinen Käufen von Entrichtung der Lehnwaare frei sind?

a) Es verneint die Deputation des O. L. G. zu Glogau durch Erk. v. 12. Juni 1845. (Entsch. des Geh. Ob. Trib. Bd. 10. S. 428. 429.)

b) Es bejaht das Geh. Ob. Trib. durch Erk. v. 10. März 1845: Das Gutachten der Ges. Kom. v. 6. Jan. 1804 sei zu dem Resultate gelangt „daß Descendenten mit dem Laudemio gänzlich zu verschonen;" daraus erhelle, daß sich das Gutachten seiner innern Begründung nach nicht auf Erbfälle beschränke. Jenes Resultat sei durch die K. O. v. 8. Nov. 1804 landesherrlich genehmigt. Als in Folge des die Erbunterthänigkeit aufhebenden Ed. v. 9. Okt. 1807 Zweifel darüber entstand, ob mit dem Wegfalle der gutsherrlichen Einweisung des neuen Besitzers auch das sich lediglich darauf gründende Laudemium weggefallen, habe der §. 2 der Publ. v. 8. April 1809 (vergl. zu L. R. II. 7. §§. 137 ff.) das Fortbestehen des Letztern, und zwar unter der Bezeichnung einer „vom Kaufwerthe des Grundstücks" zu entrichtenden Abgabe und mit dem Zusatze sanctionirt, daß für die Zukunft nach dieser Bestimmung auf das allergenaueste zu achten. Hieraus folge, daß wenn über die Verpflichtung zur Entrichtung eines Laudemiums von einem vormals unterthänigen Rustikalgute Streit entsteht, derselbe zunächst nach §. 2. jenes Publikandums zu entscheiden.

Bei dem Erlaß des Gesetzes v. 19. Juli 1832 habe der Gesetzgeber zwar diese Grundlage wieder verlassen Es folge jedoch aus der Lage der Sache, daß dieses Gesetz stricte zu interpretiren, und nur da anzuwenden, wo die Verpflichtung zu Errichtung eines Laudemiums in Erbfällen feststeht, durch den Nachweis eines speziellen Titels aber die Verpflichtung der Descendenten begründet werden soll. (Entsch. Bd. 10. S. 431 ff.)

§. 718. Laudemialverpflichtung dessen, der durch den Tod des Mitbesitzers den alleinigen Besitz des Grundstücks erlangt.

1) Findet §. 718 auf den überlebenden Ehegatten Anwendung, der mit dem Verstorbenen in Gütergemeinschaft gelebt hat?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 146) bemerkt, die Fassung des §. 718 spreche dafür, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die Verbindlichkeit zur Zahlung des Laudemii auch in diesem Falle eintreten solle.

2) Ist auch bei der sog. uneigentlichen Gütergemeinschaft, die erst bei dem Tode des einen Ehegatten wirksam wird, der überlebende Ehegatte, welcher vermöge dieser Wirkungen ein dem Verstorbenen gehörig gewesenes Grundstück erwirbt, zur Entrichtung der Laudemien nicht verpflichtet?

a) Es verneinen die Bag. Kom. und der I. Sen. des O. L. G. zu Breslau, durch Erk. v. 5. Okt. 1843 und Bescheid v. 2. Febr. 1844: Eine Gütergemeinschaft, welche nicht während der Ehe, sondern erst nach der Trennung wirksam wird, sei überhaupt keine eigentliche Gütergemeinschaft zu nennen, sondern ein modificirtes Erbrecht; es könne also auch der auf den überlebenden Ehegatten übergehende Besitz des vom Verstorbenen hinterlassenen Grundstückes nicht als ein fortgesetzter, sondern nur als ein durch den Tod erst für den überlebenden Ehegatten entstandener Besitz erachtet werden, so daß auch die mit Bezug auf die eigentliche Gütergemeinschaft gegebene Vorschrift des §. 718 h. t. auf jene uneigentliche Gütergemeinschaft nicht angewandt werden könne. (Jur. Wochenschr. 1844. S. 350.)

b) Vergl. die Bemerkungen zu dieser Entscheidung von Kuhne (L. u. St. G. Dir.) ebendas.

§. 719. Die sogenannte Fundalobservanz.

I. Zum Plen. Beschl. v. 26. Febr. 1844 (vergl. Nr. III. sub. 2, Ausg. 2. Bd. 2. S. 436.)

1) Die Motive dieser wichtigen Entscheidung stützen sich im Wesentlichen auf die schles. Urbarialverordnungen (Publ. v. 12. Dec. 1784, Instr. v. 20. Jan. 1785, Anl. vom 4. März 1785), deren Hauptinhalt mitgetheilt wird. Sodann wird auf Grund derselben über die rechtliche Natur und Wirksamkeit der schles. Urbarien bemerkt:

Ein solches Urbarium sei ein, auf den Grund einer vorangegangenen vorschriftsmäßigen Ermittelung von der dazu vom Landesherrn eingesetzten Kommission, abgefaßtes und bestätigtes Register der, zwischen der Gutsherrschaft und den bäuerlichen Einsassen eines bestimmten Dorfs wechselseitig bestehenden Rechte und Verbindlichkeiten. Der Inhalt des Urbariums ist in Hinsicht auf die einzelnen Leistungen der Verpflichteten aus den Vorverhandlungen zusammengetragen worden. Die Feststellung des Rechtsgrundes jeder Schuldigkeit sei ein Gegenstand der, der Abfassung des Urbariums vorangegangenen Untersuchung gewesen. Der Rechtsgrund für die einzelnen Befugnisse und Verpflichtungen der Gutsherrschaften und der bäuerlichen Besitzer finde sich in der Regel in den Urbarien nicht angegeben. Die Annahme daß eine solche Angabe des Rechtsgrundes für das Bestehen eines einzelnen im Urbarium aufgeführten Rechts der Gutsherrschaft unbedingt und allgemein nothwendig sei, sei nicht begründet. Eine ausdrückliche Vorschrift darüber fehle. Aus dem Geist der allgemeinen Urbarialgesetze könne ein solcher Grundsatz auch nicht abgeleitet werden. Das speziell festgesetzte Verfahren spreche gegen ihn. Die Urbarien erschienen in ihrer jetzigen, auf dem verfassungsmäßigen Wege erlangten Gestalt, gegründet auf die Vorverhandlungen, anerkannt und vollzogen von sämmtlichen Interessenten und mit gesetzlicher Konfirmation versehen, als amtliche Zeugnisse über den gehörig festgestellten Rechtszustand zwischen den Gutsherrschaften und bäuerlichen Einsassen, zu jener Zeit, in Ansehung ihrer damaligen wechselseitigen Gerechtsame und Verpflichtungen.

Die allgemeinen Gesetze (G. O. I. 10. §§. 127, 159. Tit. 13. §. 10. Nr. 1. L. R. II. 7. §§. 137, 142, 143) legten den bestätigten Urbarien in Hinsicht auf Form und Inhalt volle Kraft und Wirkung bei. — Im Allgemeinen seien hiernach, bei der Prüfung des Gewichts eines bestätigten schlesischen Urbariums für das Bestehen eines in ihm aufgeführten Rechts der Gutsherrschaft gegen bäuerliche Besitzer auf eine gewisse Leistung und Abgabe, die Vermerke im Urbarium allerdings von Kraft. Diese werde an sich durch den Umstand, ob sich in dem Vermerke der Rechtsgrund für die Leistung angegeben findet oder nicht, nicht nothwendig bedingt. Als allgemeines Erforderniß der Gültigkeit und Beweiskraft eines solchen Vermerks sei nur der deutliche, vollständige Inhalt desselben anzusehen. Dieser Grundsatz gelte im Allgemeinen für die Verpflichtungen der bäuerlichen Besitzer überhaupt.

Ganz verschieden davon sei aber die Frage, was, mit Rücksicht auf die besondere Natur und Beschaffenheit einer gewissen streitig gewordenen bäuerlichen Leistung, als zur Vollständigkeit des darüber im Urbarium sprechenden Vermerks erforderlich, gerechnet werden müsse, wenn das Recht der Gutsherrschaft auf die bestimmte Leistung als bestehend und nachgewiesen angenommen werden solle?

Dies müsse in jedem einzelnen Falle besonders beurtheilt werden, wobei namentlich in Bezug auf den Umfang und die Fortdauer gewisser Leistungen die Aufhebung der Unterthänigkeit und der veränderte Rechtszustand im bäuerlichen Grundbesitz erheblich.

Betrifft die Beurtheilung die Frage über den Ursprung der Abgabe, als erheblich für das jetzige Bestehen derselben, ist namentlich streitig, ob die Abgabe in der Grundherrlichkeit beruht, oder ob sie einen andern Entstehungsgrund hat, dann gewähre der Vermerk im Urbarium über das Recht der Gutsherrschaft auf die Erhebung der Abgabe für sich allein, nicht immer eine ausreichende Quelle für die Entscheidung. Es werde dann bald mehr, bald min-

der die Erforschung des Rechtsgrundes für die Verpflichtung nothwendig. Die im Urbarium mangelnde Angabe des Titels des Rechts erscheine dann allerdings erheblich und seien in solchen Fällen, in Hinsicht auf den Nachweis des Bestehens des Rechts, und den der Aufhebung der Verpflichtung, die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Beweisführung anzuwenden.

Auch bei dem Laudemium habe der Streit über die Verpflichtung häufig eigenthümliche Seiten, insbesondere Hinsichts der Immunität der Descendenten. In wiefern bei einem Streite über die das Recht der Gutsherrschaft von einem bestimmten Rustikalgrundstücke, und einem gewissen einzelnen Besitzer desselben ein Laudemium zu fordern, das Urbarium als vollkommen genügende Grundlage für das Bestehen des Rechts zu achten sei, müsse in jedem Fall der Prüfung, nach der Beschaffenheit des streitigen Sach- und Rechtsverhältnisses vorbehalten bleiben. Nur der Grundsatz könne dabei nicht allgemein und unbedingt die Entscheidung begründen, daß der Vermerk in einem bestätigten Urbarium über das Recht der Gutsherrschaft auf die Erhebung eines Laudemiums, sei dies allgemein von allen bäuerlichen Stellen in einem Dorfe, oder von gewissen bestimmten bäuerlichen Grundstücken, und auch von Erben in absteigender Linie insbesondere, lediglich aus dem Grunde der Kraft für das Bestehen des Rechts entbehrt, weil er den Rechtsgrund für die Befugniß des Berechtigten nicht angiebt.

Die Anl. der Haupt-Urb. Kom. v. 4. März 1785 Kap. 5 erstrecke ausdrücklich die Ermittelung auch auf die Verpflichtung der Descendenten.

(Just. Min. Bl. 1844. S. 84 ff., Entsch. d. Geh. Ob. Trib. Bd. 9 S. 117 ff.)

2) Kuh (Reg. R.) bemerkt, die Wiedereinsetzung der schles. Urbarien in ihr bisher unbestrittenes Recht gebühre denselben vermöge ihrer im Rechtsbewußtsein der ganzen Provinz lebenden rechtlichen Natur so unzweifelhaft, daß an der Nothwendigkeit zu zweifeln, dies so umfassend wie das Geh. Ob. Trib. gethan, zu deduciren. (Koch Schl. Arch. Bd. 6. S. 129.)

II. Ueber die Frage, ob und in wiefern Urbarien durch spätere, damit in Widerspruch stehende Eintragungen im Hypothekenbuche abgeändert werden können, vergl. Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 277 ff. (s. Suppl. zu L. R. I. 20. §. 415, II. 7. §§. 137 ff.)

§§. 720—729. Höhe der Lehnwaare.

Die auf einem laudemialpflichtigen Gute eingetragenen, beim Verkaufe in partem pretii übernommenen Ablösungskapitalien können bei Berechnung des Laudemii nicht in Anrechnung gebracht werden.

a) Dieser von dem Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 5. August 1842 (Jur. W. 1844 S. 812) anerkannte Grundsatz, ist demnächst bestätigt durch die

b) Declar. v. 25. April 1845, betr. die Berechnung der Laudemien von Grundstücken, bei welchen Reallasten abgelöst worden sind:

Wir rc. erklären zur Beseitigung entstandener Zweifel auf den Antrag Unseres Staats-Ministeriums, nach Anhörung Unserer getreuen Stände und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, für sämmtliche Provinzen der Monarchie, in welchen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, was folgt:

Sind Dienste, Abgaben, Grundgerechtigkeiten oder andere Lasten, welche auf einem Grundstück ruhen, von dem bei Besitzveränderungen ein in einem aliquoten Theile des Erwerbspreises oder Taxwerthes bestehendes Laudemium (Lehnwaare, Weinkauf, Gewinngeld u. s. w.) entrichtet werden muß, durch Kapital abgelöset worden, so ist bei Berechnung des Laudemiums in allen spätern Entrichtungsfällen das Ablösungskapital von dem Erwerbspreise oder Taxwerthe des Grundstücks (A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §§. 720 u. 727—729.) in Abzug zu bringen.

Dieser Abzug findet jedoch nicht statt, wenn das Grundstück von dem Besitzer einseitig ohne Einwilligung des Laudemialberechtigten mit den abgelöseten Diensten, Abgaben u. s. w. belastet worden ist. (§. 722 a. a. O.)

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königlichen Insiegel.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

(G. S. 1845 S. 243.)

721. Ist der Werth der Gebäude, welche auf dem Erbzinsgute außer der Meliorationsverbindlichkeit, errichtet worden, bei der Berechnung des Laudemii mit in Anschlag zu bringen?

Es verneint ferner Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 145.)

§. 724. Kann nach schlesischem Provinzialrechte vom Ausgedinge Laudemium gefordert werden?

1) (Zu Ergänz. Nr. 2. Ausg. 2. Bd. 2. S. 438.)

a) Die Mittheilung sub a, lit. δ ist dahin zu berichtigen, daß der I. Senat des O. L. G. zu Breslau in neuerer Zeit in Sachen Trachenberg wider Buksch per sent. v. 26. Mai 1837 die Frage bejaht hat. (Koch, Schles. Archiv Bd. 2. S. 48—66.)

b) Die Mittheilung sub b, lit. α ist dahin zu berichtigen, daß das Geh. Ob. Trib. in Sachen Camenz wider Görgler durch Erk. de publ. 18. Juli 1826 die Frage verneint hat.

2) In neuerer Zeit hat das Geh. Ob. Trib. die Frage für ganz Schlesien, insbesondere auch für Oberschlesien durch Erk. v. 11. Nov. 1843 mit dem Bemerken bejaht, daß hiernach mehrfach vom Geh. Ob. Trib., insbesondere auch für Oberschlesien erkannt worden sei.
(Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 244 ff.)

§. 731. I. Haften für das Laudemium beide Contrahenten oder der neue Besitzer allein?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 145) tritt der mitgetheilten Ansicht Kochs bei.

II. Ist das Laudemium eine Realforderung?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 145) verneint.

III. Was ist unter „gerichtlicher Zuschreibung" zu verstehen, und findet §. 731 noch Anwendung?

1) Bornemann tritt dem Plen. Beschl. v. 4. Sept. 1843 mit dem Bemerken bei, daß allerdings die Vorschrift des §. 731 mit der Aufhebung des allgemeinen Zwangs zur Besitztitelberichtigung ihre Basis insofern verloren habe, als die Besitztitelberichtigung, wenngleich der Obereigenthümer darauf dringen darf, sich lange hinausschieben könne.
(System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 145.)

2) Die Gründe des Plen. Beschl. v. 4. Sept. 1843 sind im Wesentlichen folgende: a) Nach der gewöhnlichen Bedeutung könnten jene Worte kein zweiseitiges, von den Contrahenten vorgenommenes Geschäft, sondern nur einen Akt des Richters bezeichnen, welcher die Wirkung hat, daß von da an nicht mehr der bisherige Besitzer, sondern der neue Erwerber als der wahre Eigenthümer angesehen werden muß. Jenes Merkmal der Einseitigkeit und diese letztere Wirkung hätten aber weder den Abschluß oder die Aufnahmen noch die Verlautbarung und Bestätigung des Vertrags, als welche lediglich einen Titel zum Eigenthum gäben, vielmehr nur die Eintragung des Besitztitels im Hypothekenbuche auf den Namen des Erwerbers. b) Verstehe man unter „gerichtlicher Zuschreibung" die Aufnahme oder Bestätigung des Vertrags, so würde in Erbfällen gemäß §. 731 gar kein Laudemium zu entrichten sein, obwohl dies in der That nach §. 714, Descendenten allein ausgenommen, der Fall. Es würde also ein innerer Widerspruch in den Gesetzen obwalten. c) Zur Uebertragung des Eigenthums des Erbzinsmannes genüge (A. L. R. 10. §. 17, Tit. 5. §. 120) eine außergerichtliche Punktation, in welchem Falle von einer gerichtlichen Zuschreibung des Guts, wenn man darunter die gerichtliche Vertrags-Errichtung verstehe, nicht die Rede sein könne. d) §§. 736, 738 ergäben, daß das Gesetz die gerichtliche Zuschreibung des Guts als einen von der Erwerbung desselben resp. von dem Abschlusse des Veräußerungsvertrages verschiedenen Akt angesehen. e) Nach der Kab. O. v. 6. Oct. 1833, (Publ. v. 1. Oct. 1805) gehören zu denen, welche die Berichtigung des Besitztitels zu verlangen berechtigt sind, auch die Gutsherrschaften, wenn sie auch nur ein Laudemium bei Gelegenheit der Besitztitelberichtigung zu fordern habe. Dies gesetzlich anerkannte Interesse des Erbzinsherrn sei nur dann erklärlich, wenn man annehme, daß die Verpflichtung des neuen Erbzinsmannes zur Entrichtung der Lehnwaare durch die vorgängige Berichtigung des Besitztitels, bedingt sei. f) Der Grund des §. 731 könne nur der sein, daß der neue Erwerber erst dann das Laudemium zu entrichten verpflichtet sein solle, wenn er sich im sicheren und uneingeschränkten Besitze des Grundstücks befindet; diese uneingeschränkte Dispositionsbefugniß erlange er erst durch die Besitztitelberichtigung. g) Endlich beruft sich das Geh. Ob. Trib. für seine Ansicht auf die Materialien zum A. L. R., aus welchen folgendes mitgetheilt wird:

Zu dem gedruckten Entwurf des allg. Ges. Buchs Thl. II. Abthl. 3. Tit. 17. §. 60 war im extractus monitorum erinnert: daß die Vorschrift des §. 60, keinen Zweifel habe, wenn der Erbzinsherr zugleich Gerichtsobrigkeit sei. Im entgegengesetzten Falle aber sollte die gerichtliche Zuschreibung nicht eher erfolgen, als bis der neue Besitzer die Lehnwaare bezahlt, und dies durch Quittung nachgewiesen habe. (Materialien des A. L. R. Bd. LXXIX. fol. 316.)

Auf dieses Monitum bemerkte Suarez in der revisio monitorum.: Einige Monenten meinen, die Zuschreibung sollte nicht eher geschehen, als bis die Quittung über das berichtigte Laudemium producirt werde. Das ist aber ganz falsch. Den Consens des dominus directus muß der neue Besitzer bei der Berichtigung seines tituli possessiones produciren. Das Laudemium aber bezahlt er erst nach wirklich ergriffener possessione civili.

(Entsch. Bd. 9. S. 14 ff. Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 358 ff.)

3) Koch, ohne sich bestimmt zu entscheiden, bemerkt, bessere Gründe, als die des Plen. Beschl., sprächen dafür, unter „gerichtlicher Zuschreibung" die Aufnahme oder Anerkennung des Kontrakts vor Gericht zu verstehen. Denn das A. L. R. (§. 691 h. t.) verlange noch die gerichtliche Aufnahme des Vertrags. Damit sei die Zuschreibung geschehen gewesen. Der Verfasser des A. L. R. habe daher muthmaßlich nur diese gerichtliche Zuschreibung im Sinne gehabt, zumal die Berichtigung des Besitztitels kein Erforderniß der Erwerbung sei, mithin zur gerichtlichen Zuschreibung als der, nach dem A. L. R. wesentlichen Form, nicht gehöre.

(Koch, Lehrb. Bd. 1. S. 499. Note.)

4) Gegen die Gründe des Geh. Ob. Trib. giebt Koch folgende Bedenken: a) das Wort „Zuschreibung" sei kein terminus technicus, sondern aus der Sprache des gewöhnlichen Lebens entnommen, in welcher er die Niederschreibung des Vertrags bedeute. b) Das L. R. selbst bezeichne mit jenem Worte das Rechtsgeschäft unter den Kontrahenten, wie daraus hervorgehe, daß in den §§. 742 u. 743 die Worte „zuschreiben" und „zuschlagen" gleichbedeutend gebraucht. c) Der Nachdruck im §. 731 ruhe auf dem Worte „gerichtliche," es sei also eine außergerichtliche Zuschreibung desselben Inhalts und derselben Natur als möglich vorausgesetzt; diese Voraussetzung treffe nicht zu, wenn man unter gerichtlicher Zuschreibung die Eintragung des Besitztitels im Hypothekenbuche verstehe. d) Die Behauptung, daß in anderer Auffassung als derjenigen des Geh. Ob. Trib. der §. 731 auf Erben nicht passe, sei unrichtig, da nach A. G. O. II. 1. §. 3 in fine auch Erbvergleiche, wodurch Verfügungen über ein Grundstück getroffen wurden, bei dem Richter der Sache besonders verlautbart werden mußten. Jene Behauptung würde also nur bei einem Einzelerben zutreffen; dieser aber sei nach §. 732 h. t. schuldig einen neuen Erbzinsbrief zu lösen. e) Nach der Auslegung des Geh. Ob. Trib. würde durch die Bestimmung des §. 731 die Mehrzahl der Berechtigten in einem rechtlosen Zustand versetzt sein, da zur Zeit der Emanation des A. L. R. erst von einen kleinen Theile der ländlichen Besitzungen das Hypothekenbuch regulirt gewesen sei. f) Endlich würde der §. 731 in jener Auffassung ohne innern Grund mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch stehen, indem danach: 1) die Fälligkeit einer bereits begründeten und entstandenen Forderung, von der Willkühr des Schuldners abhängig sei, oder doch durch ihn verhindert werden könne; 2) der Berechtigte den Schuldner zwingen solle, die Bedingung zu erfüllen, was gegen die Regel (L. R. I. 4. 105 ff.); 3) der Berechtigte erst mit Kosten und mit Erzwingung einer Handlung seines Schuldners zu seinem Interesse gelange, während es nach der Rechtsregel in seiner Wahl steht, sogleich sein Interesse zu fordern.

(Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 368 ff.)

§. 732. Ulrich ist der Ansicht, daß der nach diesem §. zu lösende Erbzinsbrief dieselbe Beweiskraft hat, welche §. 100 h. t. dem Lehnbriefe giebt.

(Jur. W. 1844 S. 661. Vergl. auch Ergänz. zu §§. 74 ff. Tit. 5. Thl. I. A. L. R.)

§. 747. Die Ablösbarkeit des Canons kann in den Landestheilen, in welchen die Abl. O. v. 7. Juni 1821 gilt, durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Ges. v. 31. Jan. 1845. (G. S. S. 93.)

Vergl. dasselbe oben S. 12 zu Tit. 4. §. 6. Zus. 2.

§. 759. Vergl. A. L. R. I. 21. §. 210.

§. 814. Ueber die Ausschließung der Ablösbarkeit des Zinses, vergl. zu §. 747 h. t.

§. 816. 1) Koch (Lehrb. Bd. 1. S. 505) ist der Ansicht, daß dieser §. nur auf vor dem Ed. vom 14. September 1811 verliehene Güter anwendbar sei, weil seitdem nach §. 2 jenes Edikts, Abl. D. v. 7. Juni 1821, §. 21, V. v. 20. Juni 1817, §§. 15 u. 43 Laudemien nur in bestimmten regelmäßigen Terminen zahlbar ausbedungen werden dürften. (Vergl. Ergänz. zu §. 714 h. t. Ausg. 2. Bd. 2. S. 422.)

2) Westpr. Prov. R.

§. 11. Von bloßen Zinsgütern wird kein Laudemium entrichtet. (G. S. 1844 S. 105.)

Neunzehnter Titel.

Von dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigenthum überhaupt.

§§. 3—6. Collision von Rechten zur Sache.
Koch, Lehrb. §. 224. Bd. 1. S. 381.

I. In Folge des Plen. Beschl. v. 12. Juni 1843 (vergl. Ausg. 2. Bd. 2. S. 450) ist die Frage über den Umfang der Anwendbarkeit der §§. 3—6 h. t. nochmals von verschiedenen Seiten erörtert worden (vergl. Jur. W. 1844 S. 1 ff., 390 ff., 397 ff., 1845 S. 129 ff.). Die dabei geltend gemachten Ansichten sind folgende:

1) Das Geh. Ob. Trib. nimmt in den mitgetheilten Gründen zum Plen. Beschl. v. 12. Juni 1843 an, daß die alleg. §§. nur die Kollision verschiedener Rechte zu und auf fremde Sache betreffen, nicht aber die Kollision zwischen Titeln zum Eigenthum und anderen dinglichen Rechten. Nach dieser Ansicht fehlt es an einer allgemeinen Bestimmung über die Wirkung der mala fides bei der Kollision der letztern Art, da das Geh. Ob. Trib. in den Gründen zum Plen. Beschl. die Bestimmungen des Tit. 10 nur auf verschiedene Eigenthumsansprüche anwendbar erklärt.

2) Ulrich will die §§. 3—6 h. t. in allen Fällen anwenden, in denen auf Besitzeinräumung gerichtete Rechte zur Sache collidiren, gleichviel ob diese Rechte im Uebrigen gleichartig sind oder nicht. Die hierin liegende Ausdehnung auf Titel zum Eigenthum erfordere der Begriff der „Rechte zur Sache," da die §§. 3 u. 4 eben von solchen Rechten reden. Zu Rechten zur Sache seien auch Eigenthumstitel zu rechnen. Die Ueberschrift des Tit. 19, welche auf jura in re (aliena) deute, stehe nicht entgegen, da für die Lehre von den jura in re gerade die Beantwortung der Frage die wesentlichste sei, gegen wen, ob insbesondere gegen den Dritten Erwerber sie ausgeübt werden können. Ueberdies sei jene Ausdehnung ausdrücklich anerkannt in dem §. 359. Tit. 21. Thl. I. A. L. R. — Die Beschränkung dagegen auf Rechte, die auf Besitzeinräumung gerichtet sind, erfordere die ausdrückliche Bestimmung der §§. 3 u. 4 h. t. Es seien daher namentlich Hypothekenrechte ausgeschlossen.
(Jur. W. 1844 S. 390 ff.)

3) Arndts tritt der Ausdehnung Ulrichs bei, hält dagegen die Beschränkung auf die Kollision von Rechten, welche auf Besitzeinräumung gerichtet, für unrichtig. Maßgebend allein sei der den §§. 3—6 unterliegende Grundgedanke: „daß die Dinglichkeit des Rechts keinen Vorzug begründen dürfe, wenn sie mala fide erworben, eine solche aber anzunehmen, wenn der Berechtigte bei der Erwerbung gewußt, daß auch einem Andern schon ein Recht zur Sache zustehe, welches durch das zu erwerbende dingliche Recht ganz oder theilweise werde vereitelt werden." Von diesem Gesichtspunkte aus könne es keinen Unterschied machen, ob die Dinglichkeit durch Ergreifung des Besitzes, oder durch Eintragung ins Hypothekenbuch, oder durch eine andere Handlung erworben wird. Es sei deshalb der in §§. 5 u. 6 h. t. ausgesprochene Grundsatz als Regel zu betrachten, welche auf alle Rechte anzuwenden, gleichviel ob sie auf Einräumung des körperlichen Besitzes gerichtet sind oder nicht, sofern nicht die besondere Natur eines einzelnen Rechts oder besondere gesetzliche Bestimmun-

gen darüber eine Ausnahme von der Regel oder eine Modifikation derselben bedingen. Dergleichen Modifikationen träten namentlich für Hypothekenrechte ein. (Jur. W. 1844 S. 397 ff.)

4) Temme tritt der von Arndts aufgestellten Regel bei, will dagegen Modifikationen derselben in Betreff der Hypothekenrechte nicht anerkennen. Wo die Regel auf Hypothekenrechte nicht anzuwenden, liege der Grund lediglich in dem Nichtvorhandensein der mala fides. Namentlich sei dies bei accessorischen Hypothekenrechten der Fall, da das Gesetz (L. R. I. 20. §§. 438, 439) ausdrücklich gestatte auf die bereits zur Hypothek bestellte Sache noch mehrere Hypothekenrechte einzuräumen. (Jur. Wochenschr. 1845. S. 129 ff.)

II. Arndts bemerkt, die Worte des Plen. Beschl. v. 12. Juni 1843: „zur Zeit der nachgesuchten Eintragung seines Besitztitels" beruhten auf ungenauer Fassung, da sie vorauszusetzen schienen, daß es bei der Anwendbarkeit der §§. 4—6 auf die Wissenschaft des Erwerbers in diesem Zeitpunkte ankomme, was nicht der Fall; es komme vielmehr darauf an, ob zur Zeit des Eigenthumserwerbs, also zur Zeit der Uebergabe mala fides vorhanden war. (Jur. Wochenschr. 1844. S. 402.)

III. Vergl. Erg. zu L. R. I. 20. §. 410.

IV. Vergl. Erg. zu L. R. I. 10, §§. 1—3, 18, 20—23, 25.

V. Ueber die Frage: ob der Erwerber eines Grundstücks, der zur Zeit der Eintragung in das Hypothekenbuch gewußt hat, daß derjenige, von welchem sich sein Titel herschreibt, das Grundstück zwar im eignen Namen, aber nur auf Grund einer Vollmacht als Mandatar eines Dritten erworben, diesem Letzteren in dem Besitze des Grundstücks weichen müsse? vergl. die Suppl. zu L. R. I. 13. §§. 62 ff.

§. 14. Vergl. L. R. I. 8. §. 23.

§§. 15 ff. Vergl. L. R. I. 21. §. 8. Tit. 22. §§. 213 ff.

§. 19. Vergl. L. R. I. 20. §§. 152—156.

§§. 22. 23. 1) Wird durch die Vorschrift des §. 23. die Verwandlung einer Grundgerechtigkeit in ein persönliches Nutzungsrecht ohne Zuziehung des Besitzers des verpflichteten Grundstücks gerechtfertigt? Ist ferner eine Abtrennung der Grundgerechtigkeit von dem berechtigten Gute und einseitige Uebertragung an eine Person statthaft? Es verneint das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. vom 17. Nov. 1843: Wolle man auch von der Controverse, ob die §§. 22, 23 h. t. überhaupt auf Praedialservituten bezüglich absehen, so könnte doch äußerstenfalls dadurch nur die Uebertragung eines subjectiv dinglichen Nutzungsrechts fremden Eigenthums von einer Sache auf die andere gerechtfertigt werden, wenn die Verpflichtung und Belastung dadurch nicht vergrößert oder erschwert wird. Niemals aber könne eine Grundgerechtigkeit einseitig in ein persönliches Nutzungsrecht fremden Eigenthums umgewandelt werden. Dadurch würde der ganze Charakter eines solchen Rechts zerstört werden, welcher auch nach dem A. L. R. (vergl. I. 22. §§. 12 u. 11.) in der Befugniß des Besitzers eines Grundstücks gegen das andere bestehe. Dieses subjectiv dingliche Recht könne daher niemals in ein subjectiv persönliches verwandelt werden, weil das Wesentliche des ersteren in der Befugniß eines Grundstücks besteht, und dadurch auch allein die Dauer eines solchen Rechts, welches unmittelbar nur mit dem Untergange des berechtigten Guts zu existiren aufhöre, (L. R. 22. §. 43, Einl. §. 108.) bedingt werde, während persönliche Nutzungsrechte auf fremdes Eigenthum ihrer Dauer nach in der Regel auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt, und auf Erben nicht übertragbar seien. (Entsch. d. Geh. Ob. Trib. Bd. 9. S. 246 ff.)

2) Ueber das Röm. R. vergl. L. 10. D. de usu et habitat. (VII. 8.)

§§. 24. 25. Darf das einer Gemeine als solcher zustehende Hütungsrecht auf diejenigen Mitglieder derselben ausgedehnt werden, welche nach der Konstituirung desselben zugetreten sind?

1) Es bejaht ein Revisions Kollegium, in einem nicht näher bezeichneten Erk., weil das der Gemeinde als solcher zustehende Hütungsrecht allen angesessenen Mitgliedern zu statten kommen müsse.

2) Es verneint das Geh. Ob. Trib. in einem Erk. (das Datum ist nicht angegeben)

auf Grund der Vorschrift der §§. **24, 25.** h. t.; es würde eine willkührliche Veränderung des vorhergehenden Zustands sein, wenn eine Gemeinde, die bisher nur eine geschlossene Zahl von hütungsberechtigten Besitzungen hatte, befugt wäre immer neue Besitzungen zu kreiren und mit dem Rechte der Theilnahme an dem Hütungsrechte in sich aufzunehmen. Weder der §. **41.** der Gemeinheits-Th. O. v. 7. Juni **1821**, noch der §. **212.** Tit. **22.** Thl. **I.** A. L. R. stehe dieser Ansicht entgegen, da ersterer an sich rechtlich begründete Theilnehmungsrechte der Hausbesitzer voraussetze, keineswegs aber diese Rechte erweitern oder neue schaffen wolle, während der §. **212.** Tit. **22.** a. a. O. eine singulaire Vorschrift für Holzungsgerechtigkeiten enthalte. (Centr. Bl. 1843. S. 168.)

3) —e— hält die Verneinung für bedenklich: Wolle man auch die Vorschrift der §§. **24, 25.** h. t. in ihrem ganzen Umfange auf Hütungs-Gerechtsame anwenden, so frage sich doch, ob eine solche, in der Regel durch eine gestiegene Kultur der berechtigten Feldflur im Laufe der Zeit herbeigeführte Vermehrung der ansässigen Gemeine-Mitglieder für eine „blos willkührliche in dem vorhergehenden Zustande nicht gegründete Veränderung der persönlichen Umstände der Berechtigten," durch welche nach §. **25.** h. t. die Last des Verpflichteten nicht erschwert werden darf, erachtet werden könne, und ob nicht vielmehr eine solche Vermehrung dem Zuwachs einer Familie gleich zu achten, also §. **27.** h. t. anzuwenden. Der Verleiher des Hütungsrechts habe auf die Möglichkeit einer Vermehrung der Gemeindemitglieder, sonach auf eine mögliche Ausdehnung des verliehenen Rechts über seinen ursprünglichen Umfang hinaus rechnen, sich daher durch eine nähere Bestimmung der Zahl der Berechtigten oder des vorzutreibenden Viehstandes sicher stellen können und müssen, und wenn er letzteres nicht gethan, auch der Ansiedelung neuer Mitglieder nicht widersprochen, stillschweigend in jene Ausdehnung gewilligt. Jedenfalls könne die aufgestellte Frage nicht unbedingt verneint werden, sondern nur dann, wenn der Belastete nachweise, daß die Vermehrung der Gemeindemitglieder wirklich auf reiner Willkühr beruhe, und daß durch die Theilnahme der neuen Mitglieder seine Last erschwert werde. (Centr. Bl. 1843. S. 152.)

§. **33.** Vergl. L. 31. D. de pign. (XX. 1.)

Zwanzigster Titel.

Von dem Rechte auf die Substanz einer fremden Sache.

Dig. XIII. 7. u. Lib. XX. — Cod. VIII. 13—32. —

Erster Abschnitt.

Vom Rechte des Unterpfandes.

Literatur.

I. Gemeines Recht.

Gesterding Lehre vom Pfandrechte. 2te Ausg. Greifswald 1836.

Sietenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts. gr. 8. Halle 1836.

Westphal Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrechte. Leipzig 1770. 3te Ausg. 1800.

Mit Rücksicht auf deutsches Recht:

Pottgiesser de indole et natura pignoris quoad jus gentium et jura et consuetudines Germaniae. Leing. 4. 1722.

Ayrer differentia juris romani et germanici circa pignora. Götting. 1742.

II. Preuß. Recht.

Koch Lehrb. §§ 363—388. Bd. 1. S. 585—633.

Bornemann System. Ausg. 2. Bd. 4. §§. 272—280. S. 167—265.

§. **11.** Eintragungsfähigkeit der Wechselschulden.

Koch bemerkt, der Zweifel hierüber entbehre des rechtlichen Grundes. Die §§. **105** und **106.** Tit. **2.** Hyp. O. seien durch die spätere materielle Gesetzgebung das A. L. R., insbesondere durch §. **11.** h. t. aufgehoben. (Lehrb. §. 365. Bd. 1. S. 587.)

§§. 12. 13. Ueber die Verpfändung für nicht vollgültige Obligationen vergl. Büchel civilrechtl. Erörterungen II., n. 1. Marb. 1836.

§§. 14. 11. Kann für Forderungen aus „künftigen Geschäften" oder „Geschäftsverbindungen" gültig Hypothek bestellt werden?

Koch (Lehrb. Bd. 1. S. 587) verneint, auf Grund §. 11. h. t., §§. 5—8. Tit. 14. Thl. I. L. R., nach welchen für die künftige Forderung ein schon begründetes Rechtsverhältniß vorhanden, oder doch als hypothetisch bestimmt bezeichnet sein müsse.

§. 21. 1) Vergl. §. 157. h. t.

2) Vergl. L. 1. Cod. de partu pign. (VIII. 24.)

§§. 22. 23. Vergl. Suppl. zu §§. 441. 442. h. t.

§§. 26. 27. Nach Röm. R. bewirkt eine solche Verabredung nur eine Veränderung in der Form des Verfahrens. Vergl. L. 4. D. de pignorat act. (XIII. 7.)

§§. 35—42. Vom Eintrittsrechte eines jüngern Pfandgläubigers oder eines Bürgen.

Haubold de jure offerendi ex quo in priorum creditorum locum succeditur. Lips. 1793, und in Ejusd. Opusc. acad. ed. Wenck, I. p. 573.

Müller im Arch. für civil. Praxis Bd. XI. S. 385.

Linde in f. und Marezoll's Zeitschrift Bd. V. S. 290.

§. 39. Koch bezieht diesen §. auf den Fall, wo ein Gläubiger vorbereitend die Kündigungsklage angebracht hat. (System. Bd. 1. S. 601.)

§§. 44—48, 494, 495. Verliert ein Hypothekengläubiger dadurch, daß er seinem Pfandrecht an der nicht mehr in den Händen des persönlichen Schuldners, sondern eines dritten Besitzers befindlichen, verpfändeten Sache entsagt, oder dadurch, daß er bei eröffnetem Concurse über des letztern Vermögen sich nicht meldet, und deshalb präcludirt wird, das Recht, sich wegen seiner Befriedigung an den persönlichen Schuldner zu halten?

1) Es bejaht das Stadtger. zu Berlin in d. Erk. v. 15. April 1842 unter Anwendung der §§. 159, 188 h. t., weil der Gläubiger in dem gedachten Falle nicht im Stande, dem Schuldner sein Hypothekenrecht abzutreten.

2) Es verneinen der Ober-Appell. Senat des Kammergerichts und d. Geh. Ob. Trib. in den Erk. v. 12. Oct. 1842 u. 13. Mai 1843: die Vorschrift der §§. 159, 188 h. t. sei nur auf das Pfandrecht im engern Sinn, nicht auch das Hypothekenrecht anwendbar; sie habe lediglich in der Natur des Pfandrechts, und dem mit ihm verbundenen Besitz der Sache, aus dem wiederum die Verpflichtung zur gehörigen Aufbewahrung, und dereinstigen Rückgabe derselben für den Pfandgläubiger entspringt, ihren Grund. Anders verhalte es sich bei der Hypothek. Diese hänge nicht von dem Besitz der verpfändeten Sache ab. Die Eintragung vertrete, als Erwerbungsart, die Stelle der Uebergabe, sei aber keine wirkliche körperliche Uebergabe, verbunden mit der Gewahrsam der Sache, und der aus dieser entspringenden Verpflichtung des Inhabers der Sache zu deren Aufbewahrung, Erhaltung und dereinstigen Rückgabe an den Verpfänder. In dieser Eigenthümlichkeit des Hypothekenrechts, als unabhängig von dem körperlichen Besitz der Sache, und in dem Wesen des in ihm vereinigten zweifachen, persönlichen und dinglichen Rechts, sei zugleich die Befugniß des Hypothekengläubigers begründet, dieses Recht, als ein alternatives Recht, frei und unbeschränkt, ohne Widerspruch des persönlich und des dinglich Verpflichteten, auszuüben. Er könne das persönliche Recht aufgeben, und das dingliche Recht behalten, aber auch dem dinglichen Rechte entsagen, und das persönliche allein fortsetzen. In der Natur der persönlichen, und der dinglichen Verpflichtung an sich, sei kein Grund zu einer Beschränkung des Gläubigers in der Ausübung des alternativen Rechts in solcher Art zu finden. Es komme dabei darauf, ob der persönlich Verpflichtete, oder ein Dritter, die Sache besitzt, deshalb nicht an, weil dieser Besitz nicht dem Hypothekengläubiger eingeräumt wird, vielmehr dem Verpfänder verbleibt, die Uebertragung dieses Besitzes an einen Dritten mithin lediglich in der Willkühr des Verpfänders beruhe, die derselbe, wenn er sie ausübt, als seine eigene freie Handlung, in Beziehung auf die dadurch für das Hypothekenrecht des Pfandgläubigers entstehenden Folgen anerkennen müsse.

Im ersteren Falle könne der Pfandgläubiger von dem Schuldner zunächst an das Pfand verwiesen werden; doch kann der Gläubiger sein Pfandrecht aufgeben, und sodann sofort an den Schuldner, und dessen übriges Vermögen sich halten. Erfolge eine solche Entsagung des Pfandrechts, so komme sie dem Schuldner zu Gute. Im zweiten Falle sei der Pfandgläubiger mit Vorbehalt seines Pfandrechts, sich zuerst an den persönlichen Schuldner wegen seiner Befriedigung zu wenden befugt. Eine Verweisung zunächst an das Pfand sei dem Letzteren nicht gestattet. Ein solches Recht stehe dem persönlichen Schuldner deshalb nicht zu, weil er nicht mehr Eigenthümer der Sache ist, diese mithin nicht mehr als ein ihm gehöriges, dem Gläubiger besonders zur Sicherheit eingeräumtes Vermögensstück anweisen kann; und weil das, für den Schuldner als eine fremde Sache sich darstellende Pfandstück zwar die Sicherheit des Gläubigers erhöhe, nicht aber als der Gegenstand erscheine, aus dem er, nach der Natur der Verbindlichkeit, zunächst oder ausschließlich, seine Befriedigung suchen müsse. Sei aber der Gläubiger befugt, ohne Rücksicht auf sein Pfandrecht, sofort den persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen, so könne es auch jenem nicht verschränkt sein, sein Pfandrecht aufzugeben. Eine solche Entsagung gereiche dann zwar dem dritten Besitzer der Sache, nicht mehr dem persönlichen Schuldner, zum Vortheil; allein diese Folge stehe der Entsagung nicht entgegen. Der Schuldner selbst sei derjenige, der durch die Veräußerung der verpfändeten Sache an einen Andern, diese Folge für sich selbst herbeigeführt hat.

Die Präklusion aber sei in der Wirkung nicht anders zu beurtheilen, als die freiwillige Entsagung des Pfandrechts an der, in den Händen eines Dritten befindlichen Sache.

(Entsch. Bd. 9. S. 257 ff.)

§§. **53. 54.** Uebernahme von Pfand- und Hypothekenschulden. (Vergl. Erg. Ausg. **2.** Bd. **2.** S. **486** ff.)

I. (Zu I. Nr. 5. A.) Wird der Käufer eines Grundstücks, welcher eine darauf eingetragene Forderung auf Rechnung des Kaufgeldes übernimmt, schon hierdurch allein dem Verkäufer zu deren Tilgung persönlich verpflichtet, auch wenn die persönliche Verpflichtung nicht ausdrücklich im Kauf-Kontrakte ausgesprochen?

II. (Zu I. Nr. 5. B.) Kann der Verkäufer auf Grund einer solchen persönlichen Verpflichtung gegen den Käufer auf Exneruation klagen?

Bornemann (System. Ausg. **2.** Bd. **4.** S. **194.**) bejaht, weil es in der Absicht der Kontrahenten liege, daß die Uebernahme der Hypotheken auf Rechnung der Kaufgelder dieselbe Wirkung wie deren Zahlung haben solle, diese Wirkung aber nur durch Befreiung des Verkäufers von seiner Zahlungsverbindlichkeit herbeigeführt werden könne. In der Abrede liege mithin re vera eine persönliche Uebernahme der Hypothekenschulden?

III. (Zu I. Nr. **5.** C. u. D.) Können die Rechte, welche dem Veräußerer gegen den Erwerber aus der Uebernahme der Hypothekenschulden auf die Kaufgelder zukommen (die Exneruationsklage) einem Dritten, und namentlich einem eingetragenen Gläubiger cedirt werden?

Bornemann (System. Ausg. **2.** Bd. **4.** S. **195**) bejaht, weil die Uebernahme der Hypotheken in partem pretii der persönlichen Verpflichtung zu deren Tilgung gleich zu achten, woraus die Cessibilität von selbst folge.

IV. (Zu I. Nr. **6.**) Verliert bei Subhastationen im Wege der Exekution der Gläubiger insoweit als seine Forderung durch das Kaufgeld gedeckt wird, ohne ausdrückliche Entlassung des ursprünglichen Schuldners sein persönliches Recht gegen denselben schon durch die bei der Kaufgelderbelegung mit dem Käufer vereinbarte Uebernahme seiner Forderung von Seiten des Letztern?

1) Es verneinen:

a) Crelinger (Komm. z. Ver. v. **4.** März **1834**, zu §. **19.** Anm. **68**): Die Befreiung des Schuldners setze eine Expromission voraus, deren Erfordernisse, wenn nicht ausdrücklich darüber vereinbart, fehlen würden, indem man dem Käufer nicht ohne weiteres die Absicht, die

Verbindlichkeit des früheren Schuldners zu übernehmen, und diesen dadurch zu befreien unterlegen könne, überdies die Expromission ausdrückliche Willenserklärungen, insbesondere Einwilligung des Gläubigers erfordere.

b) Löwenberg (Subh. V. v. 4. März 1834. Anm. zu §. 17) scheint dieser Ansicht beizutreten, da er ein Gewicht darauf legt, daß die Gläubiger, welche ihre Kapitalien stehen lassen im Kaufgelderbelegungstermine ausdrücklich erklären, den bisherigen Schuldner der Verbindlichkeit entlassen, und den Käufer als alleinigen Schuldner anerkennen zu wollen.

2) Es bejahen:

a) Hinschius (Jur. Wochenschr. 1835. S. 319) indem er das Geschäft auch ohne ausdrückliche Entlassung des Schuldners und ohne Erklärung des Käufers, die letztere zu liberiren, für eine Expromission ansieht.

b) Fuchs (L. u. St. G. Dir. u. O. L. G. R. verwirft den Gesichtspunkt der Expromission, weil dem Adjudikatar die Absicht zu liberiren, ohne ausdrückliche Erklärung nicht beigemessen werden könne. Er folgert die Befreiung aus dem Wesen des Pfandrechts und der nothwendigen Subhastation mit Rücksicht auf §. 43 h. t. §. 149. Tit. 16. Thl. I. L. R., u. §. 17. Subh. V. v. 4. März 1843.
(Jur. Wochenschr. 1844. S. 530 ff, 546 ff. 569 ff.)

c) Die Deputationen I. und II. Instanz des O. L. G. zu Cöslin in den Erk. v. 26. Jan. 1842 und v. 20. März 1843. Es trete in Folge der Uebernahme der Hypothekenschuld auf das Kaufgeld eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der vorigen, letztere werde durch Novation aufgehoben (§§. 454, 455. L. R. I. 16.) ohne daß es der ausdrücklichen Aufhebung der vorigen Verbindlichkeit bedurft hätte. Der Inhaber der Forderung habe demnach nicht etwa in der Person des Käufers neben dem ursprünglich Verpflichteten einen persönlichen Schuldner mehr erhalten, sondern die persönliche Verbindlichkeit der ursprünglich verpflichteten Bschen Eheleute habe in Folge des Adjudikationsurtels ganz aufgehört. (Entsch. des Geh. Ob. Trib. Bd. 10. S. 152 ff.)

d) Das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. März 1844, den Gesichtspunkt der Novation verwerfend, weil mit der Uebernahme der Schuld Seitens des Adjudikatars die Fortdauer der persönlichen Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners an sich verträglich sei. Dagegen sei §. 43 mit Rücksicht auf die Natur der nothwendigen Subhastation anzuwenden. Die Adjudikatoria und die Kaufgelderbelegung bilde für alle Subhastations-Interessenten Ein gemeinsames Rechtsgeschäft, welches für und gegen einen Jeden von ihnen, gleichwie unter Mitkontrahenten gilt, — so daß namentlich, wenn der Käufer an den Richter zahlt, die Zahlung an alle Berechtigte geleistet sei, und sofort nicht nur die Befreiung des Schuldners für seine Person, sondern auch des Grundstücks von allen Hypotheken begründe — vergl. §. 401 des Anh. zur Prozeß-Ordnung — §§. 92. 100. 266. Tit. 2. und §. 30. Tit. 4. der Hypothekenordnung.

Von einem Gläubiger, dessen ganze Forderung durch das Kaufgeld gedeckt ist, und der die Umschreibung auf den Namen des Käufers der baaren Zahlung vorgezogen hat, lasse sich eben so wenig sagen, er sei bei der Subhastation „leer ausgegangen" oder „ausgefallen," wie von dem Faustpfandgläubiger, der von seiner vertragsmäßigen Ermächtigung zum Privatverkauf Gebrauch macht, das Kaufgeld aber als verzinsliches Kapital bei dem Käufer stehen läßt, und dann nach Jahren von diesem nichts erlangen kann. (§. 29 h. t.) Durch die Subhastation mache er sein Forderungsrecht bis zum letzten Punkte seiner Wirksamkeit geltend, nämlich durch richterliche Exekution, und wenn diese Exekution mit vollem Erfolge vollstreckt ist, so müsse sie nothwendig auch die Vernichtung, seines ganzen bisherigen Anspruchs zur Folge haben, und zwar Kraft des Gesetzes, ohne daß es außerdem auch noch einer förmlichen und ausdrücklichen Erklärung Seitens des Gläubigers dahin bedürfe: er lasse den Schuldner frei. Vollständigen Erfolg habe aber die Exekution gehabt, sobald durch sie in dem Kaufgelde für das Exekutionsobjekt dem Gläubiger eine zureichende Summe, sich bezahlt zu machen, bereits geschafft ist. Ob er dieselbe baar erhebt, oder einem Dritten assignirt oder überweiset, oder ob er sie dem Ankäufer als ein neues Darlehn überläßt; — dies alles seien Dispositionen, die er als Eigenthü-

mer des Zahlungsmittels treffe, durch die er sich eben als befriedigter Gläubiger gerirt, und gegen welche sein bisheriger Schuldner gar keinen Widerspruch erheben könne, die also um so mehr auf die alleinige Gefahr des Disponenten gehen, und für den bisherigen Schuldner sämmtlich von gleicher, nämlich völlig liberatorischer Wirkung sein müßten.

(Entsch. des Geh. Ob. Trib. Bd. 10. S. 152 ff.)

V. (Zu Nr. II. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 495) Ist der, welcher ein verpfändetes Gut erkauft, nächstdem aber weiter veräußert hat, wegen der aus seiner Besitzzeit rückständig gebliebenen, von einem dritten Erwerber des Grundstücks bezahlten Zinsen einer von ihm zwar in partem pretii aber nicht unter persönlicher Verpflichtung gegen den Gläubiger übernommenen Hypothek, jenem dritten Erwerber ohne weiteres persönlich verhaftet?

Hierbei scheidet die Frage, ob dem dritten Erwerber nicht etwa durch eine Cession des nächsten Käufers oder des ursprünglichen Schuldners und Verpfänders zu helfen, aus.

Es verneinen:

a) Rintelen (G. O. Tr. R.): der Hypothekengläubiger, der kein persönliches Versprechen von dem Käufer erhalten, könne gegen diesen nur sein Pfandrecht geltend machen, welches nicht auf Zahlung, sondern lediglich auf Duldung der Ausübung des Pfandrechts geht. Unterbleibt diese, so sei dem Besitzer die Konsumtion der Früchte überlassen, und könne diese daher nicht als ein rechtswidriger Eingriff in die Rechte des Hypothekengläubigers angesehen werden. Die Früchte seien keineswegs besonders für die Zinsen verhaftet, und der Grundsatz, daß die Hypothekenzinsen ein onus fructuum, bilde nur eine Norm zwischen dem Eigenthümer und dem Nutzungsberechtigten (L. R. I. 21. §§. 11, 70, 71, 293). Daß die Zinsen während der Besitzzeit fällig geworden, sei rechtlich gleichgültig. Die Fälligwerdung sei ebensowenig im Stande, eine Verpflichtung des Besitzers zu begründen, wie dies Hinsichts des Kapitals der Fall. —

Rintelen bemerkt, daß im Wesentlichen nach diesen Grundsätzen auch das Geh. Ob. Trib. unterm 13. Sept. 1844 in Sachen Klaritter wider Hönert erkannt habe.

(Jur. Wochenschr. 1844. S. 789 ff.)

b) Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 196.)

§. 72. Vergl. L. 20 pr. de pignor. act. (XIII. 7.)

§. 80. Bezieht sich dieser § nur auf konventionelle oder auch auf gesetzliche Pfandrechte?

Bornemann, seine frühere Ansicht aufgebend, nimmt jetzt (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 199) Ersteres an, weil die Vorschrift des L. R. I. 15. 25, auf welche §. 80 Bezug nimmt, einen über die fremde Sache geschlossenen lästigen Vertrag voraussetze, von einem solchen aber bei einem gesetzlichen Pfandrechte nicht die Rede sein könne.

§. 101. Koch (Lehrb. §. 378. Bd. 1. S. 617) ist der Ansicht, die in diesem §. erwähnten provinciellen Solennitäten seien durch die V. v. 23. April 1821 aufgehoben. Vergl. Letzteres zu L. R. I. 10. §§. 15—17.

§§. 114—329. Westpr. Prov. R. de publ. 19. April 1844:

§. 12. In Ansehung der von den Kaufleuten zu Elbing mit Ausländern über deren künftige Gutserzeugnisse zu schließenden Pfandverträge und deren Eintragung in das Pfandbuch hat es bei der Vorschrift der Order v. 29. Juli 1815 (G. S. S. 190) sein Bewenden. (G. S. 1844. S. 105.)

§. 118. Vindikation.

1) Vergl. L. R. I. 15. §. 3.

2) Vergl. §§. 492, 493 h. t.

3) Vergl. über das Röm. R. L. 41. D. de pignor. act. (XIII. 7.) L. 22. D. de pign. (XX. 1.)

§§ 127—138. Weiterer Versatz.

Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. Ein Beitrag zur Lehre vom Pfandrechte, insbesondere zur Lehre von der Verpfändung der nominum. Güstrow, 1837.

1) Vergl. §. 293 h. t.

2) Ueber das abweichende Röm. R. vergl. L. 13. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.),

L. 40. §. 2. D. de pignor. act. (XIII. 7.), L. 1 u. 2 Cod. si pignus pignori dat. (VIII. 24.)

§§. **136—138.** Vergl. §§. 511, 515, 516 h. t.

§. **148.** Statt „Inhabers" ist „Verpfänders" zu setzen. (Ziehm a. a. O.)

§§. **152—156.** Vergl. L. R. I. 19. §. 19.

§. **159.** Ueber die Frage, ob diese Vorschrift auch auf Hypotheken anwendbar? vergl. oben zu §§. 44—48.

§. **164.** 1) Vergl. die Modifikationen dieser Regel hinsichts der Hypothek §§. 482 bis 484, 488, 489, 509, 510, 504, 505 h. t.

2) Ob und in wiefern das Pfand für Verzugszinsen haftet, ist unter den gemeinrechtl. Juristen streitig. Vergl. darüber Pufendorf, Obs. I. No. 13; Glück Commentar IV. S. 99.

§. **171.** Vergl. §. 543 h. t.

§§. **174—177.** Die in diesen §§. enthaltene Modifikation des Grundsatzes, daß das ganze Pfand für jeden, auch den kleinsten Theil der Schuld hafte, ist dem Röm. R. unbekannt. Vergl. L. 19. D. de pignor. (XX. 1.), L. 65. D. de evict. (XXI. 2.)

§§. **201—209.** 1) Vergl. §. 468 h. t.

2) Vergl. L. 8. D. de distract. (XX. 5.) L. 16, 6 Cod. eod. (VIII. 28.)

§§. **212, 219, 220.** 1) Vergl. Subh. Verordnung v. 4. März 1834. §. 18. zu A. G. O. I. 52.

2) Vergl. L. 15. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.) L. 20, 12. §. 5. D. qui potior. (XX. 4.)

§§. **240, 241.** Vergl. L. R. I. 16. §. 400.

§§. **246—248. 534. 535.** I. Wird die Verjährung der persönlichen Schuldverbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners einer durch eine Hypothek versicherten Forderung durch die alleinige Verfolgung des Hypothekenrechts von Seiten des Gläubigers gegen den dritten Besitzer des verpfändeten Grundstücks unterbrochen?[1])

1) Es bejahen

a) die Deputationen des I. u. II. Senats des O. L. G. zu Breslau durch die Erk. v. 3. Sept. 1841 und 19. März 1842: Der §. 247 h. t. erstrecke sich auf die Schuld nicht blos als Pfandschuld, sondern auch als persönliche. Der §. 248 aber, der in Ansehung der verfessenen Zinstermine und des durch das Pfand nicht gedeckten Theils der Schuld die gewöhnlichen Regeln der Verjährung eintreten läßt, bestimme über den Anfang derselben nichts, so daß dieselbe für den Ausfall der Forderung beim Pfande erst mit dem Zeitpunkte der Feststellung des Ausfalls anfangen könne. (Entsch. Bd. 9. S. 268, 269.)

b) Der II. Senat des O. L. G. zu Ratibor. Das Datum des Erk. ist nicht angegeben. (Koch Schl. Archiv Bd. 5. S. 465.)

2) Es verneinen

a) das Geh. Ob. Trib. in den Erk. v. 22. April 1843 und 31. Aug. 1844., 1) auf Grund der innern Natur des Rechtsverhältnisses. Das persönliche Recht und das Hypothekenrecht seien genau zu trennen. Jedes bestehe selbstständig, durch eine besondere Klage, ersteres durch die Schuldklage gegen den ursprünglichen Schuldner, letzteres durch die Pfandklage gegen den Besitzer des Pfandes verfolgbar. Diese beiden Verpflichteten seien nicht correi, vielmehr hafte jeder aus einem besondern Rechtsgrunde, ersterer aus der ursprünglichen Verbindlichkeit, letzterer aus dem Besitze. Ebenso habe der Gläubiger ein alternatives, in der Ausübung seiner Wahl überlassenes Recht; die Dauer und Ausübung des einen sei nicht nothwen-

---

[1]) Für den umgekehrten Fall, wenn der in Anspruch genommene dritte Besitzer die Verjährung vorschützt, vergl. Ergänz. zu §. 494 h. t. Nr. 5. Ausg. 2. S. 588.

dig von der Dauer und Ausübung des andern bedingt; jedes unterliege in der Ausübung besonderen Erfordernissen. Ebenso laufen die beiden Klagen, ihrer Natur nach, neben und unabhängig von einander, woraus von selbst folge, daß durch die Ausübung des einen Rechts der Grund der Verjährung durch Nichtgebrauch — die Nichtausübung — hinsichts des andern nicht gehoben werde. 2) Dies sei auch durch die §§. 246—248, 534, 535 bestätigt. Die ersteren unterschieden zwischen dem Pfandrecht und dem persönlichen Recht. Der §. 246 spreche ausschließlich von ersterm, und wende den allgemeinen Grundsatz des §. 511. Tit. 9 auf das Pfandrecht an, übereinstimmend mit den für das Hypothekenrecht disponirenden §§. 534, 535 h. t. — Die §§. 247 und 248 seien als ein Ganzes aufzufassen, und fielen mit §§. 534. und 535 zusammen. Sie schließen eine zweifache Festsetzung für das Pfand-, resp. Hypothekenrecht und für das persönliche Recht in sich.

In dem §. 247 werde von der Schuld als Pfandschuld gehandelt. Diese, als solche, so weit sie im Pfande ihre Deckung finde, so weit die Erfüllung aus dem dinglichen Rechtsgrunde von dem Besitzer der Sache gefordert werde, solle von der Dauer des Pfandrechts selbst abhängig sein. Dies müsse, so weit nur die dingliche Natur des Anspruchs in Betracht kommt, gelten, der Schuldner aus der ursprünglichen persönlichen Verbindlichkeit, oder ein Dritter mag das Pfand besitzen. Der allgemeinen Natur eines accessorischen Rechts gemäß, würde mit der Aufhebung des Anspruchs, für den die Sicherheit bestellt worden ist, auch das Pfandrecht erlöschen. (§. 55 h. t.)

Die Verjährung äußere sich in der Wirkung als ein solches Erlöschen des Anspruchs. Diese Wirkung solle nicht eintreten, so weit der Anspruch aus der dinglichen Verpflichtung verfolgt wird. Es solle die Forderung als Pfandforderung, so weit das Pfand reicht, in Kraft bleiben; und zwar unbeschränkt, gegen jeden Besitzer der Sache, auch gegen den persönlichen Schuldner, der aus dem Erlöschen des persönlichen Rechts im Allgemeinen vorzugsweise eine gleiche Wirkung für das Pfandrecht herzuleiten berechtigt. Die Worte: „es kann auch keine Verjährung der Schuld zum Besten des Schuldners anfangen," hätten demgemäß den Sinn: „die Verjährung der Schuld als Pfandschuld soll auch zu dessen Besten nicht zu laufen anfangen," so daß die im §. 246 ganz allgemein ausgesprochene Bestimmung über die Dauer des Pfandrechts überhaupt, im §. 247 in besonderer Beziehung auf den persönlichen Schuldner nur weiter in Anwendung gebracht, und auf die Schuld, als Pfandschuld bezogen erscheine. Ebenso sei §. 534 auszulegen.

Völlig klar werde dieser Sinn und Umfang der §§. 247 und §. 534 durch den §. 248. Dieser enthalte eine für sich bestehende Bestimmung für das persönliche Recht. Es sollen in Ansehung der verſessenen Zinsen-Termine, und des aus dem Pfande nicht gedeckten Theils der Schuld die gewöhnlichen Regeln der Verjährung eintreten. Hier sei der Gegensatz gegen den ersten Theil der Festsetzung über das dingliche Recht gegeben. Er erläutere diesen ersten Theil, und beschränke ihn zugleich. Die, in den beiden §§. 247 und 248 zusammengefaßte Vorschrift spreche eine Sonderung des persönlichen und des Pfandrechts aus, gemäß der Natur beider Rechte, von denen das eine zwar ein prinzipales, das andere ein accessorisches Recht, die aber, dieses rechtlichen Zusammenhanges ungeachtet, andererseits einzelne, selbstständige, alternativ vom Berechtigten auszuübende Rechte seien, und gerade in Beziehung auf den Punkt der Verjährung nach verschiedenen Richtungen hin wirkten.

(Entsch. Bd. 9. S. 266 ff., Koch Schlef. Arch. Bd. 5. S. 462 ff.)

b) Koch tritt bei (Schl. Arch. Bd. 5. S. 463.)

II. Wird die Verjährung des persönlichen Rechts durch Erhebung der Zinsen von dem Pfandinhaber unterbrochen?

Es bejaht das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 31. Aug. 1844 auf Grund des §. 570 Tit. 9. Thl. I. A. L. R. Die Zinsenverpflichtung beruhe in der ursprünglichen Stipulation derselben bei der Entstehung der Schuld, und erscheine als ein Bestandtheil der Haupt- und persönlichen Verbindlichkeit. In der Einziehung der Zinsen von Seiten des Gläubigers liege eine Handlung desselben, die nicht blos als Ausübung des dinglichen, sondern auch des persön-

lichen Rechts von Wirkung. Der Pfand-Inhaber habe in soweit zugleich für den persönlich Verpflichteten die Zahlung geleistet, die der Gläubiger auch von diesem fordern konnte.
(Koch Schl. Arch. Bd. 5. S. 462 ff.)

§. 249. Vergl. über das abweichende Röm. R. L. 8. pr. §. 1. C. de praescr. XXX. (VII. 39.)

§. 250. Vergl. L. R. I. 7. §§. 69, 125. Tit. 9. §. 527. Tit. 21. §§. 94, 95, 97.

§§. 251. 252. Vergl. L. R. I. 9. §§. 617—619.

§§. 253. 254. Nach Röm. R. muß die Absicht, daß durch die Zurückgabe des Pfandrecht habe aufgehoben werden sollen, besonders bewiesen werden. Vergl. L. 3. D. de pactis (II. 14.), L. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

§§. 257 ff. Vergl. §. 469 h. t.

§. 260. Vergl. §. 23 h. t.

§§. 263—270. Vom Pfandgewerbe.

Das Pfand- und Leihreglement v. 13. März 1787 und die über das Pfandgewerbe außerdem geltenden Vorschriften haben durch die für den ganzen Umfang der Monarchie gegebene Allg. Gewerbeord. v. 17. Jan. 1845 (G. S. S. 41 ff.) mehrfache Abänderungen erfahren, und zwar

I. in besonderer Hinweisung auf das Pfandgewerbe verordnet:

1) §. 49. (zu §. 4. des Pfand und Leihregl.) Schlossern, Pfandleihern u. s. w. ist der Gewerbebetrieb erst dann, wenn sich die Behörden von ihrer Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit überzeugt haben, zu gestatten.

Diese Erlaubniß ist in den Städten bei der Polizeiobrigkeit, auf dem Lande unter Vorlegung eines Attestes der Polizeiobrigkeit bei dem Landrath nachzusuchen.

2) §. 57. In Ansehung des Pfandleihgewerbes behält es bei den durch die bestehenden Vorschriften angeordneten Beschränkungen sein Bewenden.

II. Von den alle oder mehrere Gewerbe betr. Vorschriften der Gewerbeordnung sind für das Pfandgewerbe von besonderm Interesse:

1) Hinsichts der Bedingungen des Gewerbebetriebs die §§. 16—25.

2) In Ansehung der Befugniß das Gewerbe durch Stellvertreter auszuüben §. 61.

3) Wegen der Befugniß, Gehülfen und Lehrlinge zu halten und die dadurch begründeten Rechte und Pflichten die §§. 125—161.

4) Ueber die Aufhebung der Gewerbeberechtigung aus Gründen für das Gemeinwohl und wegen Mangels der erforderlichen Eigenschaften, sowie über das dabei zu beobachtende Verfahren die §§. 69—74.

5) Hinsichts der Verbrechen und Vergehen die §§. 171—189, insbesondere mit Rücksicht auf den oben mitgetheilten §. 49 die §§. 173, 174, 177.

6) In Ansehung der Juden ist §. 190 der Gew. O. erheblich, nach welchem alle bisherigen allgemeinen und besondern Bestimmungen über Gegenstände, worüber das gegenwärtige Gesetz verfügt, insbesondere auch diejenigen, durch welche in einzelnen Landestheilen die Juden in der Betreibung stehender Gewerbe seither beschränkt waren, außer Kraft gesetzt sind, soweit auf bisherige Vorschriften nicht ausdrücklich hingewiesen ist.

Es fragt sich, ob durch diese Vorschrift die §§. 16—23, 90, 93 des Pfand- und Leihreglements v. 13. März 1787 auch in den neuen und wiedererworbenen Provinzen, in denen sie bisher noch zur Anwendung kamen, (vergl. Ergänz. zu §§. 263—270 h. t. I. Nr. 1. lit. c. Ausg. 2. Bd. 2. S. 521.) aufgehoben sind?

Für die Verneinung sprechen die unterstrichenen Worte mit Rücksicht auf den oben mitgetheilten §. 57 der Gew. O. Die Frage dürfte indeß zu bejahen sein, da der §. 57 nicht auf besondere Beschränkungen der Juden, sondern auf allgemeine die Ausübung des Pfandgewerbes überhaupt beschränkende Vorschriften zu beziehen, überdies die §§. 16—23 des Pfand- und Leihregl. v. 13. März 1787 nicht für Beschränkungen der Juden im Betriebe, sondern für Strafdrohungen zu erachten sind. Das Unterscheidende im Verhältniß zu den Christen ist nur das Maaß und die Art der Strafe.

§. 275. Vergl. §. 107 h. t.

§§. 291—298. Verpfändungen ausstehender Forderungen.

Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. Ein Beitrag zur Lehre vom Pfandrechte, insbesondere zur Lehre von der Verpfändung der nominum. Güstrow. 1837.
P. E. Huschke, de pignore nominis. Gött. 1820.

Die Wirkung der Verpfändung eines Forderungsrechts besteht nach Röm. R. darin, daß der Pfandnehmer die Forderung cediren, oder auch durch eine actio utilis von dem Schuldner einziehen und sich daraus bezahlt machen kann. Vergl. L. 18. pr. D. de pign. act. (XIII. 7.), L. 4. C. quae res pignori (VIII. 17.), L. 7. C. de hered. vend. (IV. 39.)

§. 318. Vergl. A. G. O. I. 50. §§. 424—426.

§. 329. Vergl. oben zu §. 314 h. t.

§§. 345—348. 349—353. Koch ist der Ansicht, das aus diesen Verpfändungen hervorgehende Recht reducire sich auf ein blos persönliches Recht gegen Speicher- und Magazin-Aufseher; ein dingliches Recht werde nicht hergestellt. (Lehrb. §. 383. Note 16 u. 17, Bd. 1. S. 626, 627.)

§§. 356—362. Koch bemerkt, die in diesen §§. erwähnte Verpfändung sei ihrer rechtlichen Natur nach eine Verpfändung des Forderungsrechts des Pfandgebers an die Werkleute aus dem Verdingungskontrakte. (Lehrb. §. 383. Note 19. Bd. 1. S. 627.)

§§. 386. 387. 275. Koch (Lehrb. §. 386. Note Bd. 1. S. 629.) ist ebenfalls der Ansicht, daß die §§. 276 ff. wegen Entschädigung des Dritten, der noch nicht zum Besitz hat kommen können und deshalb das Pfandrecht gelten lassen muß, gegen die Bank nicht Anwendung finde, weil es eigene Schuld des Dritten sei, daß er die Erkundigung unterlassen, daß daher das Allegat im §. 387, auf einem Redaktionsfehler beruhend, in „§. 275" zu ändern. §§. 279, 280, 382, 384 h. t.)

§. 392. Vergl. Hyp. O. I. §§. 6 ff.

§. 395. Vergl. L. R. I. 2. §§. 7—9, Hyp. O. I. §§. 14. 15.

§§. 404—406, 407. 408. 412. Ueber die Frage, ob bei Grundstücken, deren Hypothekenbuch noch nicht vollendet ist, die bloße Anmeldung oder nur eine solche, welche die Ertheilung des Interims-Recognitionsscheins zur Folge gehabt hat, die Priorität gewährt? vergl. die Ergänz und Suppl. zu §. 5 der V. v. 16. Juni 1820, betr. die Erwerbung und Ausübung der Realrechte bei nicht vollständig eingerichtetem Hypothekenwesen (s. zu Hyp. Ord. IV. §§. 1—41. Ausg. 2. S. 402 ff.)

§. 408. 1) Kommt die Vorschrift dieses §. auch bei noch nicht vollendetem Hypothekenbuche zur Anwendung?

Es verneint das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 19. Aug. 1843. Die §§. 404—408 unterschieden die Fälle, in denen zur Zeit der Eintragung einer Forderung, oder des Antrags dazu der Besitztitel für den früheren oder späteren Besitzer im Hypothekenbuche vermerkt ist, und machen davon die Gültigkeit der Hypothek und deren Vorzugsrecht abhängig. Wo ein Hypothekenbuch noch nicht existirt, könne von einer Vermerkung des Besitztitels für den früheren oder späteren Besitzer ebensowenig, wie von der Eintragung eines dinglichen Rechts für den Vorbesitzer die Rede sein; es fehle dann zur Anwendung des §. 408 die Voraussetzung desselben. (Entsch. d. Geh. Ob. Trib. Bd. 9. S. 276 ff.)

2) Wenn bei der Berichtigung des Besitztitels für den neuen Erwerber eines Grundstücks zugleich für den bisherigen, als Eigenthümer der Sache im Hypothekenbuche vermerkten Besitzer ein dingliches Recht mit eingetragen wird: so hat letzteres, vor den von dem neuen Erwerber vor der Eintragung seines Besitztitels bestellten Hypotheken, auch dann den Vorzug, wenn der bisherige Besitzer den Titel zu dem dinglichen Rechte nicht in dem Vertrage wegen Ueberlassung des Grundstücks, sondern erst später, sei es durch Einräumung Seitens des neuen Erwerbers oder durch richterliche Verfügung erworben hat.

Diesen von dem Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Jan. 1832 ausgesprochenen Grundsatz (vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 545) will Koch auch für solche Vorbesitzer gelten lassen, welche noch nicht im Hypothekenbuche eingetragen sind, so daß, wenn für mehrere hintereinander an demselben Tage der Besitztitel berichtigt wird, Jedem derselben der Vorzug

wegen der dabei für ihn eingetragenen Rechte vor denjenigen Hypotheken zustehen soll, welche sein unmittelbarer oder weiterer Nachfolger schon vorher hat eintragen lassen; denn nach der **Regel** würden diese letztern Hypotheken **ungültig** sein, so daß über den Vorzug der für den Nachfolger eingetragenen Rechte keine Frage entstehen könnte; die als **Ausnahme** von dieser Regel zugelassene Convalescenz könne mithin nur unter Vorbehalt derjenigen Rechte des vorigen Eigenthümers, oder des ihm gleich geltenden eingetragenen Besitzers gedacht werden, welche ganz unstreitig sein müßten, wenn die Convalescenz nicht eintrete.

Koch, Lehrb. §. 374. Bd. 1. S. 610.

§. 410. I. **Findet der §. 410 auch bei noch nicht erfolgter Eintragung der Hypothek Anwendung?**

1) Die Deputation des L. u. St. G. zu **Mühlhausen unterscheidet** in dem Erk. v. 22. Aug. 1842 ob der Verkauf und die Uebergabe des Grundstücks **vor** oder **nach** der **Nachsuchung** der Eintragung stattgefunden, für erstern Fall verneinend, für letztern bejahend. (Entsch. Bd. 9. S. 287.)

2) Es **verneinen**:

a) Die **Deputation des O. L. G. zu Halberstadt** in dem Erk. v. 25. Jan. 1843. (Entsch. Bd. 9. S. 288.)

b) Das **Geh. Ob. Trib.** Dasselbe spricht über die obige Frage in dem Erk. v. 11. Nov. 1843 folgenden Satz aus:

Die, gesetzlich einer jeden, auf den Grund eines an sich rechtsgültigen Titels gegen den eingetragenen Besitzer erfolgten Hypotheken-Bestellung auch für den Fall beigelegte dingliche Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser eingetragene Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sei, setzt in der Anwendung den Fall der wirklich Statt gefundenen Eintragung der Forderung voraus. Dagegen kann der Fall, wenn der Gläubiger, auf den Grund eines gültigen Titels zur Hypothek gegen den eingetragenen Besitzer, die Eintragung zwar nachgesucht, diese aber, wegen eines, von dem dritten Besitzer des Grundstücks gleich nachher eingelegten Widerspruchs gegen die Eintragung, nicht Statt gefunden hat, nicht unter die Vorschriften über die Wirkung eines durch die Eintragung entstandenen Hypothekenrechts gestellt werden.

In dem §. 410 sei ein Unterschied zwischen einem gültigen **Titel** und einer **Hypothekenbestellung, außer und neben der Eintragung**, nicht anzuerkennen. Der Ausdruck „**Hypothekenbestellung**" habe in den Gesetzen keine feste technische Bedeutung; er komme sowohl im **engern Sinne**, gleichbedeutend mit dem Titel zur Hypothek, (§§. 412, 414, 489 h. t. Hyp. O. II. §§. 127, 135, 154, 165) so daß dann zwischen Hypothekenbestellung und der Eintragung selbst nebeneinander die Rede, als im **weitern Sinne**, das vollendete Geschäft der Verpfändung, Titel und Eintragung zugleich bezeichnend, vor (§§. 471. 511. 520 h. t.). Die Auslegung des **Ausdrucks** gebe daher für das Verständniß des §. 410 keinen sichern Anhalt, wiewohl die Zusammenstellung des Titels mit der Hypothekenbestellung als **zweier besonderer** Bestandtheile, schon klar andeute, daß der Gesetzgeber sich das letztere als durch die Eintragung vollendet gedacht habe. Dies sei auch der **Natur und Eigenthümlichkeit** des Hypothekenrechts entsprechend. Der Titel zur Hypothek begründe nur ein persönliches Recht zur Sache, die Eintragung dagegen erst das dingliche Recht auf die Sache. Das persönliche Recht wirke nur gegen den ursprünglich Verpflichteten, gegen den der Anspruch entstanden ist, und dessen Erben; das dingliche Recht gegen jeden dritten Besitzer der mit der Hypothek belasteten Sache. Der §. 410 bestimme die Wirkung der Hypotheken-Bestellung gegen einen solchen dritten Besitzer, spreche mithin lediglich die Wirkung des dinglichen Rechts aus. Demgemäß enthalte derselbe eine richtige Anwendung der **allgemeinen Grundsätze** über die Entstehung und Wirkung der dinglichen Rechte überhaupt auf eine einzelne Art der dinglichen Rechte. Diese Auffassung des §. 410 erscheine auch in der ganzen Hypotheken-Einrichtung als nothwendig begründet. Dem Gesetzgeber sei es darum zu thun gewesen, durch die Hypotheken-Einrichtung einerseits die Ungewißheit des Eigenthums der Grundstücke zu verhüten, andererseits dem **Real-Kredit** eine sichere Grundlage zu geben. Zur Erreichung dieses Zweckes sei jedem Eigenthümer eines Grundstücks, der Verfügungen über

dasselbe vor Gericht treffen will, die Pflicht, sein Eigenthumsrecht im Hypothekenbuche vermerken zu lassen, auferlegt, zugleich aber der Grundsatz, daß der eingetragene Besitzer in allen, mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen werden soll, aufgestellt, und in der Anwendung durchgeführt worden. Folge dieses Grundsatzes sei die Bestimmung, daß der nicht eingetragene Eigenthümer, der es verabsäumt, seinen Besitztitel eintragen zu lassen, und durch die Verhandlungen des eingetragenen Besitzers mit einem, auf den Glauben des Hypothekenbuchs redlich handelnden Dritten Nachtheil erleidet, die Rechte dieses Dritten nicht anfechten, vielmehr nur Schadloshaltung von dem erstgedachten eingetragenen Besitzer fordern kann. (§§. 6 sqq. Tit. 10. Th. I. A. L. R.)

Dieser Grundsatz sei auf das Recht der Hypothek übertragen (§§. **404** ff. h. t.) und im §. **410** angewandt. — (Entsch. Bd. 9. S. 286 ff., Jur. W. 1844 S. 260 ff.)

II. Ueber die Frage, ob sich der §. **410** ebenso auf gerichtliche, wie auf vertragsmäßige Pfandtitel bezieht, vergl. ferner das verneinende Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 8. Juni **1843**, und das bejahende des Geh. Ob. Trib. v. **8.** Juni **1844**, durch welches letztere das erstere vernichtet wurde: Entscheid. Bd. **10.** S. **160** ff. in Verbindung mit Jur. W. **1844** S. **561**; ferner Bornemann (System. Ausg. **2.** Bd. **4.** S. **217.**)

III. Hat eine im Wege des Arrestes gegen den eingetragenen Besitzer, im Hypothekenbuche eingetragene protestatio de non amplius intabulando Wirkung gegen den wahren Eigenthümer, der das Grundstück schon vor der Arrestbelegung erworben und übertragen erhalten, aber bis dahin seinen Besitztitel noch nicht hat eintragen lassen?

Es verneinen:

a) Der II. Senat des O. L. G. zu Halberstadt in dem Erk. v. 8. Juni **1843**,

b) das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Juni **1844**: die Garantie des öffentlichen Grundbuches für die darin eingetragenen Forderungen sei rücksichtlich der dinglichen Wirkung eine ganz unbedingte, dergestalt, daß die Verfügungen des eingetragenen nicht rechtmäßigen Eigenthümers, obwohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen null und wirkungslos für die Sache, dennoch volle Gültigkeit und Kraft dinglicher, selbst vom wahren Eigenthümer anzuerkennender Rechte habe. Diese im §. **410** angewandte Abweichung von der gemeinen Regel dürfe, eben weil sie Ausnahme, nicht weiter ausgedehnt werden, als die bestimmten Gesetzesworte und die strengste Konsequenz gebieten. Jene durchgreifende Kraft schreibe aber der §. **410** nur der „erfolgten Hypothekenbestellung" zu, d. h. solchen Forderungen, die einen rechtsgültigen Titel zum Pfandrecht haben und wirklich eingetragen sind. Das erstere Erforderniß sei bei der für bloße persönliche Ansprüche im Wege des Arrestes eingetragenen protestatio de non amplius intabulando oder disponendo nicht anzutreffen, §. **410** daher schon wegen fehlenden Titels zum Pfandrecht nicht anwendbar. — Dazu komme, daß die Bedeutung und Bestimmung solcher Protestationen nur in der Sicherung gegen künftige Dispositionen des Besitzers bestehe, eine Collision ihrer Wirkungen mit früheren Dispositionen daher nicht denkbar. Diese Natur, als bloßer Arrestschlag könne durch die Eintragung nicht verändert werden, indem letztere die Rechtsnatur dessen, was eingetragen wird, nicht umwandelt. Endlich setze jeder Arrest, um wirksam zu sein, voraus, daß die bestrickte Sache zur Zeit der Arrestanlegung noch Eigenthum des Arrestaten. Fehlt dies Erforderniß, so habe der Arrest keinen rechtlichen Effekt. (§§. **1. 81. 83.** Tit. **29. I.** A. G. O.)

(Entscheid. Bd. 10. S. 160 ff., Jur. W. S. 562 ff. 577 ff.)

c) Vergl. das R. v. **1.** Febr. **1806** (zu Hyp. O. II. §§. **298**—**300**. Ergänz. Ausg. **2.** Bd. **10.** S. **301.**

§§. **415, 428** ff. Urbarien werden durch spätere, damit in Widerspruch stehende einseitig vom Hypothekenrichter vorgenommene oder eines besonderen gültigen Rechtsgrundes entbehrende Eintragungen im Hypothekenbuch, nicht abgeändert, vielmehr sind dergleichen Vermerke wirkungslos und müssen gelöscht werden.

Der Eintragungsvermerk selbst kann niemals der Rechtsgrund oder das Rechtsgeschäft

sein, durch welche das im Hypothekenbuche vermerkte Realrecht oder die intabulirte Realverbindlichkeit zur rechtlichen Existenz gelangt.

Diese von dem Geh. Ob. Trib. in dem Erkenntniß v. 1. December 1843 (Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 277—296) ausgesprochenen, aus den oben allegirten §§. entnommenen Grundsätze, pflegen, so einleuchtend sie scheinen, sehr häufig, insbesondere bei den Prozessen über Laudemien und andere Abgaben, übersehen zu werden, weshalb ihre Registrirung zweckmäßig.

§§. 422—426. 1) Die Bemerkung sub No. 1. lit. c. (Ausg. 2 der Ergänz. Bd. 2. S. 553) ist dahin zu berichtigen, daß Koch die aufgestellte Frage bejaht, also diese §§. nur auf dingliche, nicht auf die persönliche Klage bezieht. (Vergl. Koch Uebergang der Forder. Rechte, S. 192 ff., Lehrb. §. 380. Note 19. Bd. 1. S. 620, §. 532. Note 20. Bd. 2. S. 145.)

2) Ist der im §. 423 ausgesprochene Grundsatz auch auf andere eingetragene Realrechte außer Hypothekenforderungen anwendbar?

Ulrich verneint: Aus der Stellung dieses §. in der Lehre vom Pfandrecht und den gebrauchten Ausdrücken: „Forderung" und „Schuldner" gehe klar hervor, daß der Gesetzgeber zunächst nur wirkliche Hypothekenrechte im Auge gehabt. Eine analoge Anwendung der §§. 423—426 sei, obwohl die Unterscheidung zwischen Hypotheken und allen übrigen Realrechten mit Rücksicht auf das Prinzip von dem Glauben des Hypothekenbuchs weder logisch noch juristisch zu rechtfertigen, dennoch unstatthaft, weil jene Vorschriften gesetzliche Präsumtionen enthalten, und als solche stricte zu interpretiren. De lege ferenda erscheine die Gleichstellung nothwendig. (Jur. W. 1844 S. 313—318.)

3) Finden die §§. 422 ff. auch in dem Falle Anwendung, wenn wegen Mangel eines Titels zur Eintragung diese nicht hätten erfolgen dürfen? (Vergl. Ergänz. zu §. 422 h. t. No. 1. Ausg. 2. Bd. 2. S. 555.)

Ulrich bejaht: Es liege kein Grund vor, den im §. 422 gebrauchten Ausdruck: „ein im Hypothekenbuche eingetragener Anspruch" nur auf die Forderung zu beziehen; es sei nicht abzusehen, was den Gesetzgeber bewogen haben sollte, den Dritten gegen Einwendungen, die den Hauptanspruch betreffen, sicher zu stellen, ihm aber wegen eines Mangels in der Bestellung der Hypothek diesen Schutz vorzuenthalten. Der innere Zusammenhang der §§. 422 ff. mit den hervorgehenden Bestimmungen stehe vielmehr einer solchen Beschränkung entgegen. Der für dieselbe von Bornemann (System. Bd. 4. Ausg. 1. S. 350, Ausg. 2. S. 222) angeführte Grundsatz des §. 15. Tit. 7. Thl. I. A. L. R., welchen derselbe mit der Bemerkung angewandt, der Dritte habe bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit aus dem Instrumente selbst den Grund ersehen können, warum die Eintragung ein Hypothekenrecht nicht zu geben im Stande, könne nicht analog auf Hypothekenrechte angewandt werden, da die Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmten, beim Erwerben des Besitzes eine gewisse Vorsicht zu erfordern, für Hypothekenrechte nicht in gleicher Weise zuträfen. Auch könne die Unterlassung der Prüfung, ob aus der Eintragungsurkunde Einreden hervorgehen, nicht für ein mäßiges Versehen erachtet werden; eine solche juristische Prüfung übersteige das gewöhnliche Maaß der Fähigkeit und Aufmerksamkeit, zumal in Erwägung der Autorität des rechtskundigen Hypothekenrichters und der stillschweigenden Zulassung der Eintragung von Seiten des Besitzers. Aus jener Unterlassung einen Vorwurf machen, hieße voraussetzen, daß der Nichtjurist in Rechtssachen klüger sei als der Richter, und somit sei die aus der unterlassenen Prüfung hergeleitete Nachläßigkeit eine fingirte. Eine solche Fiction sei dem Gesetze fremd.

(Jur. W. 1844 S. 320 ff. 329 ff.)

4) Sind die §§. 422 ff. in Ansehung aller dem Hauptanspruche entgegenstehenden Einwendungen, auch derjenigen anzuwenden, welche aus den Schuld- und Verpfändungsinstrumenten klar erhellen?

a) Bornemann verneint: die letztern Einwendungen müsse der Dritte gegen sich gelten lassen und könne nur Regreß an die Hypothekenbehörde nehmen, (§. 430 h. t.) weil nach allgemeinen, auch für Hypothekenrechte (§§. 259, 266, 665. Tit. 18. Thl. I. A. L. R.) anerkann-

ten Rechtsgrundsätzen Niemand den Mangel der Wissenschaft vorschützen könne, wenn ihm bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit das Sachverhältniß nicht unbekannt bleiben konnte. In Uebereinstimmung hiermit sage Suarez in dem Schlußbericht ad §§. 259, 665. Tit. 18. (Vergl. Jahrb. Bd. 41. S. 91, 92):

Es ist wohl nicht die Meinung, wesentliche Rechte der Bürger des Staats von der mehreren oder minderen Accuratesse und Sorgfalt des Hypothekenbuchführers dergestalt abhängig zu machen, daß dieselben durch die bloße Sorglosigkeit oder Unwissenheit eines solchen Beamten unwiederbringlich verloren gehen könnten. Die Hypothekenordnung selbst fordert an verschiedenen Stellen z. E. Tit. 2. §. 103 die Interessenten zur Einziehung näherer Erkundigungen ausdrücklich auf. Sobald die Existenz eines Dokuments, von welchem die Qualität eines Grundstücks, die Rechte des Besitzers, die Eigenschaft einer eingetragenen Post u. s. w. abhängen, aus dem Hypothekenbuche bekannt ist, muß derjenige Interessent, welcher völlig sicher gehen will, dies Dokument selbst nachsehen, und sich aus dem Inhalt desselben näher belehren. Thut er dies nicht, und es findet sich in der Folge, daß der Inhalt dieses Dokuments in die Hypothekentabelle unrichtig oder mangelhaft übertragen worden, so kann er sich damit, daß er dem guten Glauben des Hypothekenbuchs gefolgt sei, nicht entschuldigen. Wenn z. E. im Hypothekenbuch allegirt wäre, daß eine Post von 1000 Rtblrn. vermöge Instruments d. d. — — und lehnsherrlichen Consenses d. d. — — auf das Lehngut N. N. eingetragen worden, und der Richter hätte vergessen, die in dem Consens ausdrücklich enthaltene Einschränkung desselben auf 12 Jahre mit zu vermerken; so würde derjenige, der effluxo decennio eine solche Post noch durch Cession an sich lösen wollte, sich, wenn ihm in der Folge der Mangel des lehnsherrlichen Consenses entgegengesetzt wird, mit dem fide des Hypothekenbuchs nicht schützen können, da es seine Sache war, den Consens selbst nachzusehen, und sich daraus von den Umständen und Bedingungen desselben näher zu belehren; welches er absque supina negligentia nicht unterlassen konnte.

Beziehe diese Aeußerung sich auch nur auf Lehnsverhältnisse, und handele sie auch nur von unrichtigen und mangelhaften Eintragungen, so ergebe doch der ganze Zusammenhang die Meinung der Redaktoren, daß der Glaube des Hypothekenbuchs nicht vorgeschützt werden dürfe, wenn das wahre Sachverhältniß aus den allegirten Urkunden zu ersehen.
(Bornemann, System. Bd. 4. Ausg. 1. S. 350, Ausg. 2. S. 222.)

b) Ulrich bejaht: Der Unterscheidung Bornemanns stehe der Mangel einer gesetzlichen Vorschrift und die Schwierigkeit der Anwendung entgegen; denn die §§. 422 ff. reden schlechtweg von Einwendungen ohne Rücksicht darauf, ob diese aus den Eintragungsurkunden erhellen oder nicht. Man frage ferner vergeblich, was unter klar erhellenden Einwendungen zu verstehen; der Glaube des Hypothekenbuchs werde auf diese Weise von der völlig vagen und schwankenden Beurtheilung, was juristisch klar oder zweifelhaft, abhängig, der Hauptzweck derselben also vereitelt. — Die von Bornemann angeführten Gründe hält Ulrich nicht für durchgreifend, dem erstern, der culpa, in gleicher Weise wie oben sub 3 mitgetheilt, widersprechend. Im Uebrigen hält er den §. 260. Tit. 18 nicht für eine Anwendung eines allgemeinen Prinzips, sondern eine ausnahmsweise Beschränkung des Glaubens des Hypothekenbuchs zu Gunsten der Lehnsinteressenten. — (Jur. W. 1844 S. 320 ff. 339 ff.)

§. 427. Vergl. Hypp. O. II. §§. 126—158.

§§. 441. 442. 22—24. Wird der dritte Besitzer der verpfändeten Sache durch Vernichtung oder erhebliche Verminderung der Substanz derselben dem Hypothekengläubiger persönlich für den dadurch erlittenen Schaden verhaftet?

Es bejahen:

a) Schmidt: Neben der Hauptobligation und dem dinglichen Pfandrechte bestehe noch eine fortdauernde Obligation aus dem Pfandkontrakte, welche auf jeden Besitzer, der das Grundstück mit den Schulden, wenn auch ohne persönliche Verpflichtung für die letztern, übernommen, übergehe; derselbe stehe demjenigen gleich, welcher für die Schuld eines Andern seine Sache verpfändet hat. Zu dem Inhalte dieser Obligation gehöre nach §. 23 h. t. die persönliche Verbindlichkeit, die Sicherheit wiederherzustellen, wenn die Sache, sei es durch Zuthun des Schuldners, oder durch Zufall, oder durch offenbar werdende Mängel die bedungene Sicherheit nicht gewähre. (Grundsätze des Pfandrechts, S. 578. 593 Note.)

Arndts hält diese Auslegung des §. 23 für unrichtig; derselbe lasse unentschieden, wer die anderweitige Sicherstellung zu leisten habe, könne daher nur auf denjenigen bezogen werden,

welcher von Anfang an durch Gesetz oder Vertrag für die Sicherstellung **überhaupt** zu sorgen verpflichtet war, und das sei in der Regel nur der Schuldner. (Jur. W. 1844 S. 811. Note 1.)

b) **Rinteln**: Man könne aus §§. **22, 23** h. t. nicht einwenden, der Anspruch des Pfandgläubigers, wenn das Pfand auch durch Zuthun des Schuldners im Werthe verloren, sei darauf **beschränkt**, daß er **bessere** Sicherheit fordern könne. Die §§. **22, 23** seien nur auf das Verhältniß des Gläubigers zu dem **persönlichen Schuldner** oder Konstituenten der Hypothek, nicht auf den dritten Besitzer anwendbar. Ebensowenig könne man einwenden, der dritte Besitzer sei Kraft seines **Eigenthums** berechtiget, auch über die Substanz der Sache zu verfügen, so lange er nicht gemäß §. **442** h. t. durch **spezielle richterliche** Mandate daran gehindert werde. Dem stehe der Grundsatz entgegen, daß der Eigenthümer stets, auch wenn er für seine Person nicht obligirt ist, die **dinglichen Rechte** respektiren muß, welche Andern auf die Sache zustehen. Diesen Anspruch auf Achtung **seines** dinglichen Rechts habe auch der **Hypothekengläubiger**; er habe ein **vollkommenes Recht** auf die dereinstige Befriedigung aus der **Substanz** nach ihrem Umfange zur Zeit der Verpfändung. Jene allgemeine Rechtswirkung dinglicher Rechte dem Eigenthümer gegenüber erkenne auch §. **24** h. t. für das Pfandrecht an, indem er dem Eigenthümer die Disposition über das Pfand nur **soweit** freigebe, **als es den Rechten und der Sicherheit des Pfandgläubigers unnachtheilig**; eine fernere Anerkennung liege in der im §. **442** zugesagten richterlichen Einschreitung. Durch Ueberschreitung dieser Grenzen der Dispositionsbefugniß mache der Eigenthümer sich **eines zu vertretenden Eingriffs** in die Rechte des Gläubigers schuldig. (Jur. W. 1844 S. 805 ff.)

c) **Arndts** tritt dieser letztern Ausführung bei. (Jur. W. 1844 S. 812 Note.)

§§. **441. 442.** **Zum G. v. 13. April 1841.** (Vergl. Ergänz. Ausg. **2.** Bd. **2.** S. **561.**)

1) Finden die Vorschriften der §§. 1 u. 4 des G. v. 13. April 1841 auch auf die Servitutsberechtigten Anwendung?

Es verneint d. Min. d. J. in der Verf. v. **18.** Juni **1844**: der Zweck des Gesetzes war nur der, die Weiterungen zu beseitigen, welche durch die nach dem L. R. und der Hyp. O. nothwendige Beschaffung der eingetragenen Gläubiger entstanden. Deren Zuziehung konnte unter den in dem G. v. **13.** April **1841** erwähnten Voraussetzungen entbehrlich werden, indem alsdann ihre **Sicherheit** unverändert blieb. Anders verhält es sich mit **solchen** Realberechtigten, welche, wie die Servitutsberechtigten aus der abzutretenden Parzelle unmittelbar **Nutzungen** gezogen haben. In vielen Fällen wird die Servitut auf der eingetauschten Parzelle nicht ausführbar sei, wie z. B. Wegegerechtigkeiten. (B. M. Bl. 1844 S. 18.)

2) Bescheid d. Min. d. J. v. **11.** Febr. **1844.** Bei der **Konkurrenz** eines bepfandbrieften mit einem unbepfandbrieften Gute haben **beide** Behörden (vergl. §. **1**) den Konsens zu ertheilen. (B. M. Bl. 1844 S. 52.)

3) Findet das G. v. 13. April 1841 auch auf Vertauschungen von Gebäuden Anwendung?

a) Es **verneint** die **Gen. Comm. zu Breslau**,

b) Es **bejaht** d. Min. d. J. in dem Bescheide v. **11.** Febr. **1844.** (B. M. Bl. 1844 S. 52.)

4) Sind die Worte im §. 2 „von geringem Umfange" von der Größe der Fläche oder von dem des Werths zu verstehen?

a) **Ersteres** behauptet ein **Gerichtsamt** in der Eing. v. **15.** Nov. **1843.**

b) **Letzteres** nimmt nach dem Zwecke des Gesetzes an das Min. d. J. in dem Bescheide v. **11.** Febr. **1844.** (B. M. Bl. 1844 S. 52.)

5) Findet gegen die versagte Genehmigung (§. 1) der Rekurs an das Ministerium statt?

Es verneint auf Grund der Fassung des Gesetzes d. Min. d. J. in dem Bescheide vom **11.** Febr. **1844.** (B. M. Bl. 1844 S. 52.)

6) Entscheid. des **Staatsminist.** v. **11.** April **1844** (mitgeth. durch die C. Verf. v. **11.** Mai **1844**). Die Regierungen sind befugt, die nach §. **1** des G. v. **13.** April **1841** zu beurtheilenden Vertauschungen einzelner Parzellen **nicht bepfandbriefter** Güter in soweit

zu genehmigen, als dieselben bei Gelegenheit der von ihnen geleiteten Auseinandersetzungen und zur bessern Regulirung der letztern vorkommen und dienen, und als die ordentliche Auseinandersetzungsbehörde, abgesehen von dem G. v. 13. April 1841, dazu schon zufolge der §§. 64, 65 der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 und §. 8 der V. v. 30. Juni 1834 befugt gewesen sein würde. (V. M. Bl. 1844 S. 209.)

§. **443.** Haftet dem Hypotheken=Gläubiger blos die Substanz des Gutes, so wie dasselbe bei der Eintragung der Hypothek faktisch beschaffen ist; sind also die zum Gute früher gehörigen Theile der Substanz und unbeweglichen Pertinenzstücke, welche veräußert, im Hypothekenbuche aber nicht abgeschrieben worden, seinem Hypothekenrechte nicht unterworfen?

Oder

Kann der Gläubiger sich auch an die vor seiner Eintragung veräußerten nicht abgeschriebenen Gutsantheile und unbewegliche Pertinenzen halten? (Vergl. Ausg. 2. Bd. 2. S. 563. No. II.)

1) Koch nimmt die letzte Alternative an, jedoch mit der Einschränkung auf Parzelen des Gutes im Gegensatz zu den Pertinenzen, für welche die erste Alternative gelte. Er schließt sich der Ausführung des Geh. Ob. Trib. (vergl. a. a. O. sub 1) an, und sucht die Ansicht des Justizministerii, daß ein Unterschied zwischen Gutsbestandtheilen und Pertinenzen nicht zu machen, erstere vielmehr in rechtlicher Hinsicht wie Pertinenzen zu beurtheilen, und die dafür angeführten Gründe (vergl. a. a. O. sub 2) zu widerlegen. Vergl. seine Gründe oben S. 10 zu Tit. 2. §§. 42 sqq. No. 1.

(Koch, Arch. Bd. 5. S. 300, Lehrb. S. 201. §. 95 ad I., S. 592. §. 366 ad 1.)

2) In der Verf. v. 14. Mai 1844 wiederholt das Justizministerium seine (a. a. O. sub 2) mitgetheilte Ansicht, und bestreitet dem Hypothekenrichter der eximirten Hauptsache die Competenz, bei der Prüfung des Abschreibungsgesuches auch die Frage zu prüfen, ob die nach der Veräußerung der Parzele auf das Hauptgut eingetragenen Hypothekengläubiger und andere Realinteressenten ein Hypotheken= oder ein anderes dingliches Recht auf die noch unabgeschriebene Parzele haben erwerben können. Nach dem G. v. 25. April 1835 (vergl. Erg. zu Hyp. O. I. §. 17. Bd. X. S. 50) sei schon durch die Veräußerung derselben die Realgerichtsbarkeit der letztern auf das Ortspatrimonial= oder Ortsuntergericht übergegangen; nur dieses sei daher zur Prüfung jener Frage befugt, und werde Seitens des Richters der Hauptsache dem Interesse derjenigen, welche er für betheiligt hält, genügend vorgesehen, wenn er dieselben von der Abschreibung in Kenntniß setzt, und ihnen selbst die Wahrnehmung ihrer Gerechtsame überläßt. (Just. M. Bl. 1844 S. 113.)

Diesem Absprechen der Competenz dürften zwei Bedenken entgegenstehen: 1) ob der Uebergang der Realgerichtsbarkeit nicht vielmehr erst durch die Abschreibung erfolgt? So lange diese nicht geschehen, kann ein besonderes Folium für die abgezweigte Parzelle nicht angelegt, und ebensowenig dieselbe einem andern Folio zugeschrieben werden; 2) der Abschreibung muß das Regulativ mit den Realinteressenten vorangehen; bei der Frage, wer zu diesen gehöre, — und dieß zu prüfen, ist, soweit es sich um die Zuläßigkeit der Abschreibung und die Art derselben handelt, lediglich Sache des Richters der Hauptsache — handelt es sich offenbar mit darum, ob das Realrecht der nach der Veräußerung der Parzele eingetragenen Berechtigten sich auf diese mit erstreckt?

3) Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 226) nimmt die zweite Alternative an, auf Grund der §§. 7 ff. Tit. 10. Thl. I. A. L. R., und der Tendenz der Hypothekenverfassung, deren Fundamente mit der entgegengesetzten Ansicht nicht bestehen könnten. Der §. 443 h. t. sei nicht von einer faktischen, sondern von einer rechtlichen Trennung im Geiste der Hypothekeneinrichtung, also von einer Abschreibung im Hypothekenbuche zu verstehen.

4) Die Controverse hat durch das Ges. v. 3. Januar 1845, betr. die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen (G. S. 1845 S. 25 ff. vergl. Suppl. z. Hyp. O.) einen großen Theil ihrer praktischen Bedeutung verloren, da nach demselben die Verträge über einzelne Bestandtheile oder Pertinenzen eines Grundstücks bei Strafe der

Richtigkeit vor dem Richter der Sache abgeschlossen werden müssen, und dem Erwerber (ausgenommen Fiskus, Kirchen, Pfarren und mehrere andere öffentlicher Verwaltung theilhaftige Rechtssubjekte) die Zwangspflicht zur Berichtigung des Besitztitels obliegt, mithin der Richter der Sache sofort nach dem Abschluß des Vertrags eine protestatio de non disponendo eintragen kann und muß, wodurch dann von selbst die Möglichkeit abgeschnitten, sowohl für die später eingetragenen Gläubiger, ein Recht auf die veräußerte Parzelle zu erwerben, als für den Besitzer, dergleichen Betrügereien zu verüben, deren die Motive z. n. h. G. B. (vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 565. No. 3 b) und Koch (Arch. Bd. V. S. 300) gedenken.

§§. 445. 446. Vergl. L. R. II. 1. §§. 445. 446.

§. 448. Vergl. Hyp. O. II. §. 164.

§§. 454. 470. Erstreckt sich das dingliche Recht des Realgläubigers ohne Weiteres auf alle Pertinenzstücke, welche von einem, dem Schuldner gehörigen anderen Gute losgetrennt und dem verpfändeten Gute zugeschlagen worden sind?

Koch bejaht auf Grund des aus den §§. 454 und 470 zu entnehmenden argumenti e contrario und der Rechtsregel: accessorium sequitur suum principale. Nach der entgegengesetzten Ansicht würden auch neu errichtete Gebäude der Hypothek nicht unterworfen sein, was indeß der Fall (§. 471 h. t.). Durch die Zuschlagung vermehre der Eigenthümer freiwillig den Werth der verpfändeten Sache. Die Abweichung von diesen Regeln hinsichts der aus fremden Eigenthume zugeschlagenen Pertinenzen müsse als Ausnahme stricte interpretirt werden. (Lehrb. §. 366. Note 7. Bd. 1. S. 593.)

§§. 456. 457. Verliert der Hypothekengläubiger dadurch, daß er sich an das neue Pertinenzstück hält, sein Hypothekenrecht an dem ohne seine Einwilligung abgetrennten Pertinenzstücke?

a) Es verneinen das L. u. St. G. zu Schwetz und das Trib. des Königreichs Preußen durch die Erk. v. 10. Sept. 1841 und 2. Dec. 1843. Die Gründe sind nicht mitgetheilt. (Entscheid. Bd. 10. S. 166 ff.)

b) Es bejaht das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Dec. 1844: Liege auch keine ausdrückliche Entsagung des Pfandrechts vor, so sei doch die Thatsache, daß sich der Hypothekengläubiger an das neue Pertinenzstück hält, einer solchen Entsagung in der Wirkung gleichzustellen. Es sei darin eine vollkommen bindende Genehmigung der Abtrennung zu finden. (Entscheid. Bd. 10. S. 166 ff.)

§§. 458. 459. Gehen bei dem Retablissement abgebrannter Ortschaften, wenn dabei von Polizeiwegen eine Verlegung der Hausplätze stattgefunden, die Lasten und Schulden der alten Hausplätze auf die neuen über?

Es bejahen:

1) das Justizministerium in der Verf. v. 10. Mai 1844: Die von der Staatsregierung bei dem Retablissement angeordnete Verlegung der Hausplätze sei für die einzelnen Eigenthümer als Expropriation anzusehen; als nothwendige Folge davon erscheine der Uebergang der Lasten und Schulden der alten Hausplätze auf die neuen. Außerdem habe der Fall die größte Aehnlichkeit mit dem Verfahren bei Berichtigung der Grenzen, und sei deshalb §. 459 h. t. analog anzuwenden. (J. M. Bl. 1844 S. 119.)

2) Das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Sept. 1842. Der demselben vorgelegene Fall unterlag zwar dem gem. R., das Prinzip der Entscheidungsgründe erscheint jedoch auch für das A. L. R. erheblich: durch eine Einschreitung des Landesherrn, sagt das Geh. Ob. Trib., seien sämmtliche Feuerstellen als in eine gemeinschaftliche Masse zusammengeworfen zu betrachten; es sei eine universitas juris entstanden, welche die Grundstücke mit allen damit verbundenen Rechten und darauf haftenden Lasten, folglich körperliche und unkörperliche Sachen umfaßte, und nur ein gemeinsames Vermögen bildete. Aus dieser universitas empfing jeder daran betheiligte Interressent und Miteigenthümer statt seines eingeworfenen ein neues Grundstück und die Regel res succedit in locum pretii et pretium in locum rei kommt dabei unbedingt zur Anwendung. Der Schätzungswerth des alten Grundstücks sei es, der in die

Gemeinschaft eingeworfen wurde, und der Schätzungswerth der neuen der Preis, für welches dies eingetauscht wird. Eine Sache werde für den gedachten Preis veräußert, und an die Stelle dieses Preises trete wiederum eine Sache. Auf diese gingen alle onera über, soweit sie nicht besonders regulirt werden. Ohne diese Bedingung würde die Realisirung des Retablissements-plans ganz unmöglich sein. — Außerdem wird in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift des gem. R. ebenfalls der §. 459 h. t. analog angewandt. (Ulrich, Arch. Bd. 9. S. 274 ff.)

3) Sommer (ibid.) tritt bei.

§. 468. Kann der Gläubiger die für dieselbe Forderung ihm verpfändeten mehreren Grundstücke alle zugleich oder nur so viel zur Subhastation bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind?

Bornemann ist der Ansicht, daß ebenso wie §§. 201 — 203 für Faustpfänder verordnet, zwar alle Grundstücke zum Verkauf ausgeboten werden können, mit dem Zuschlage aber nur soweit zu verfahren, als zur Befriedigung des Gläubigers nöthig. Zwar sei die analogische Anwendung der §§. 201 — 203, (vergl. das zu diesen §§. Ergänz. Ausg. 2. S. 505 mitgetheilte R. v. 23. März 1810) bedenklich, die Billigkeit und L. R. I. 19. §. 20 in Verbindung mit §. 12 Exec. Verordn. v. 4. März 1834 führe indeß zu demselben Resultate.

(System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 239.)

§. 475. Wie verhält sich dieser §. zu L. R. I. 2. §. 49? In wiefern also sind Früchte, die bereits von dem Grund und Boden des Grundstücks abgesondert, jedoch noch auf demselben befindlich sind, dem Hypothekenrechte unterworfen? (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 578. No. I.)

Koch hält einen Widerspruch beider Gesetzstellen für ganz unerfindlich; hangende Früchte seien keine Pertinenzen, sondern pars fundi. Das Pfandrecht erstrecke sich auch auf die abgesonderten, noch im Besitze des Schuldners befindlichen Früchte, während die unabgesonderten schon als Theile der Hauptsache dem Pfandrechte unterworfen seien.

(Lehrb. §. 96. Note 3, §. 366. No. 4, Bd. 1. S. 204 u. 593.)

§. 482. Erstreckt sich das Hypothekenrecht auf die vorbedungenen Zinsen eines eingetragenen Kapitals auch dann, wenn derselben bei der Eintragung nicht ausdrücklich Erwähnung geschehen ist? (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 582. No. I.)

Koch tritt der mitgetheilten bejahenden Ansicht des Geh. Ob. Trib. bei.

(Lehrb. §. 380. No. 6 u. Note 25. Bd. 1. S. 621.)

§. 515. 1) Statt „§§. 280 sqq." ist „§§. 281 sqq." zu setzen. (Ziehm a. a. O.)

2) Vergl. die Ergänz. zu §§. 11 u. 13 der Subh. Verordn. v. 4. März 1834, zu A. G. O. I. 52, §§. 40 — 45.

§. 522. Findet die Vorschrift dieses §. auch dann Anwendung, wenn die zwar bezahlte, aber noch nicht gelöschte Hypothek im Wege der Ueberweisung durch richterliche Verfügung erworben ist?

1) Es verneint das L. u. St. G. zu Mühlhausen in einem Erk. (das Datum fehlt): der Ausdruck „einlassen" gestatte nicht die Ausdehnung auf richterliche Immission.

2) Es bejaht das O. L. G. zu H. unter Abänderung des zu 1 erwähnten Erkenntnisses, in dem Erk. v. 22. Nov. 1843: der Cession stehe die richterliche Ueberweisung vollkommen gleich. Nach §. 3 des G. v. 4. Juli 1822 vertrete das Gericht die Stelle des Exequenden und müsse daher fingirt werden, daß letzterer selbst die Anweisung ertheilt, also der Assignatar mit dem eingetragenen Hypothekengläubiger sich eingelassen. (Jur. W. 1844 S. 338 ff.)

§§. 534. 535. Vergl. Ergänz. zu §§. 246 — 248.

Zweiter Abschnitt.

Vom Zurückbehaltungsrechte.

I. Gemeines Recht.

G. L. Böhmer Diss. de jure retentionis ejusque effectu, 4. Gött. 1774; und in dessen Electis jur. civ., Tom. II. exc. 13.

Schenk, die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinen Rechten. 8. Jena 1837. Dazu die Rezension von Sintenis, in den Richterschen Jahrb. Bd. II. S. 765 ff., und die Antikritik, ebendaselbst. S. 1046.

II. Preuß. Recht.

Koch, Lehrbuch §. 207. Bd. I. S. 359.

Bornemann, System. Ausg. 2. §. 65. Bd. 1. S. 274 ff.

Einleitung.

Gehört das Rententionsrecht zu den dinglichen Rechten?

Koch verneint: Das Retentionsrecht sei eine Art der Selbsthülfe in der Form der Vertheidigung; es werde mittelst der exceptio doli ausgeübt, auf dem Grundsatze beruhend, daß bei wechselseitigen Verbindlichkeiten kein Theil von dem Andern die Leistung fordern könne, ohne selbst zur Leistung bereit zu sein. (Lehrb. Bd. 1. S. 359.)

§. **536**. I. Erstreckt sich das Retentionsrecht nur auf körperliche Sachen?

Koch verneint unter Hinweisung auf §. **542** h. t., L. R. I. Tit. **11**. §. **222**, Tit. **21**. §. **397**, II. **5**. §. **68**. (Lehrb. Bd. I. S. 359.)

II. Wird zur Ausübung des Retentionsrechtes Besitz oder nur Gewahrsam erfordert?

Koch (Lehrb. Bd. I. S. **360**.) entscheidet sich für Letzteres.

§. **558**. Gilt diese Vorschrift nur dann, wenn nicht bereits ein anderes Rechtsgeschäft bestimmend ist?

Koch (Lehrb. Bd. I. S. **360**.) bejaht.

§. **566**. Pape (L. u. St. G. R.) Einige Bemerkungen über den §. 566. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. (Jur. Wochenschr. 1845. S. 537 ff.)

Koch, Recht der Forderungen. Bd. 1. S. 627 ff.

Dritter Abschnitt.

Vom Vorkaufs-, Näher- und Wiederkaufsrechte.

L. **75**. D. de contr. emt. XVIII. **1**.; L. **21**. §. **5**. D. de act. emt. (XIX. **1**.)

Literatur.

I. Gemeines Recht.

Walch, vom Näherrecht. Jena. 1766. 3. Aufl. 1795.

Madihn, de jure protemiseos ejusque a jure retractus discrimine. Hal. 1758. et in ej. Exerc. Halens. Hal. 1777., No. VII.

Brückner, Comment. de juris protemiseos et juris retractus diversa natura, diversis causis et effectibus etc., praemio ornata. Jen. 1824.

II. Preuß. Recht.

Koch, Lehrbuch §§. 333—337. Bd. I. S. 525 ff.

Bornemann, System. Ausg. 2. §. 281. Bd. 4. S. 266 ff.

Ist es zulässig, bei Regulirungen von gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnissen, für die Gutsherrschaft ein Vorkaufsrecht für den Fall der Veräußerung der bäuerlichen Höfe festzusetzen?

Es verneint das Min. d. J. in der Verf. v. **11**. Mai **1844**. Durch das Vorkaufsrecht werden der freien Veräußerlichkeit und Dispositionsbefugniß wesentliche Fesseln angelegt, also der letzte Zweck der Landeskulturgesetze, — „unbedingte Freiheit des Grundeigenthums möglich zu machen" — vereitelt. Ist auch die Unzulässigkeit nicht ausdrücklich ausgesprochen, so muß sie doch aus §. **43** der V. v. **20**. Juni **1817** geschlossen werden, weshalb die Bestätigung solcher Abkommen zu versagen. (V. Min. Bl. 1844. S. 171.)

§§. **568** ff. Ist das gesetzliche Vorkaufsrecht ein dingliches Recht?

Koch bejaht in Ansehung beweglicher sowohl als unbeweglicher Sachen auf Grund der §§. **573** u. **631**. (Lehrb. Bd. 1. S. 526.)

§§. **573**. **651**. Ueber das gesetzliche Vorkaufsrecht

a) des Bergfiskus vergl. die Ergänz. zu L. R. II. **16**. §. **95**. (Ausg. **2**. Bd. **6**. S. **560**.),

b) der Gewerke gegen den Grundherrn auf Bau- und Kohlenholz. Vergl. L. R. II. 16 §. 111.

c) des Expropriaten vergl. Ges. über die Eisenbahn-Unternehmungen v. 3. Nov. 1838, §§. 16—19. (zu L. R. II. 15. §§. 1—7. Ausg. 2. Bd. 6. S. 384 ff.)

§. 591. Statt „Abschn. 4." ist „Abschn. 6." zu setzen.

§. 594. Ist nach gem. R. hinsichtlich des aus einer Willenserklärung entspringenden Vorkaufsrechts streitig. Vergl. Koch, Uebergang der Ford. §. 17. Nr. 2. S. 82.

§. 602. Entscheidet gemeinrechtliche Controversen. Vergl. Walch a. a. O. S. 190 ff. Gründler, Polemik §. 296.

§. 607. Ist nach gem. R. streitig.

§. 645. Statt „§. 603" ist „§. 608" zu setzen. (Ziehm a. a. O.)

§. 648. Kann ein eingetragenes Vorkaufsrecht mittelst der Acquisitiv-Verjährung (durch Besitz der Freiheit) aufgehoben werden?

Koch (Lehrb. §. 337. Bd. I. S. 531) bejaht, weil man sonst annehmen müsse, daß der Ausdruck „bloßer Nichtgebrauch" gedankenlos gebraucht worden, wenngleich nicht zu verkennen, daß in dieser Auffassung §. 648 eine Ausnahme von der Regel L. R. I. 9. §. 511 enthalte.

Ein und zwanzigster Titel.

Von dem Rechte zum Gebrauche oder Nutzung fremden Eigenthums.

§. 1—21. Bornemann System. Ausg. 2. §. 282. S. 268.

§§. 2—5. Hört das durch Besitz entstandene dingliche Recht auf, wenn der Nutzungsberechtigte wider seinen Willen aus dem Besitze kommt, oder kann es auch dann durch eine dingliche Klage gegen jeden Dritten verfolgt werden?

Für letzteres entscheidet sich Koch: Die erstere Ansicht habe wider sich 1) die ausdrücklich anerkannte Natur eines dinglichen Rechts, als durch den Verlust nicht aufhörend, vielmehr gerade dann erst seine Wirkung äußernd; 2) den Gedankengang des Gesetzgebers, der im §. 1 die Titel, in den §. 2 die Erwerbungsarten (Besitz und Eintragung) nenne; 3) die eigentliche Wortbedeutung des Ausdrucks „soweit," welcher eine räumliche Entfernung oder Ausdehnung bezeichne, und von der Zeit in der hier vorkommenden Verbindung nicht verstanden werden könne; 4) den allgemeinen Grundsatz, daß auch der unvollständige Besitzer, so lange sein Recht zum Besitze dauert, den verlornen Besitz von jedem dritten Besitzer, welcher ein schwächeres Besitzrecht hat, zurückfordern kann, (L. R. I. 7. §§. 169—173) welches Rückforderungsrecht nichts anderes sei, als die neben der actio confessoria (L. R. I. 15. §. 3., Tit. 20. §§. 118, 119) bestehende Besitzrechtsklage (actio Publiciana, L. R. I. 15. §. 4). Für sich habe jene Auslegung nur das gebrauchte Präsens des Worts befinden. Dieser Gebrauch erkläre sich jedoch dadurch, daß der Gesetzgeber sich den Zustand zur Zeit der Verletzung gedacht habe, so daß der Gedanke der §§. 2 u. 3 dieser: das auf einem Titel beruhende Gebrauchs- und Nutzungsrecht wird dinglich durch die Uebergabe der Sache soweit, d. h. so ausgedehnt, als der Besitz der Sache erworben wird; es kann gegen jeden Dritten im dem Umfange, in welchem der Berechtigte sich zur Zeit der Entziehung im Besitze befindet, verfolgt werden. (Lehrb. §. 317. Bd. 1. S. 507.)

Erster Abschnitt.

Vom Nießbrauche.

Inst. II. 4, 5. — Dig. Lib. VII.; XXXIII. 2. — Cod. III. 33. —

Literatur.

Gemeines Recht.

Noodt de usufructu; in Opp. Tom. I. —

Galvanus de usufructu. Ed. nov. Tüb. 1788.
Preuß. Recht.
Koch, Lehrb. §§. 319—328, Bd. 1. S. 508 ff. —
Bornemann, System. Ausg. 1. §§. 315, 316. Bd. 4. S. 416 ff. Ausg. 2. §§. 283, 284. Bd. 4. S. 269 ff.

§. 23. R. des Min. d. G., U., u. Med. Ang. an die Reg. zu Frankfurt v. 23. Febr. 1843 Aufbringung der bei Grenzerneuerungen für Kirchen und Schulen zu entrichtenden Kosten Seitens der Nießbraucher.

Das Min. eröffnet der K. Reg. auf die Anfrage in dem Berichte v. 15. Okt. v. J., die Bezahlung der Kosten für Grenzerneuerungen seitens der Geistlichen und Schullehrer betreffend, Folgendes:

Die Geistlichen und Schullehrer sind lediglich Nießbraucher ihrer Stellen, sie müssen daher ebenso, wie sie, gleich dem nutzbaren Eigenthümer, in der Regel alle in die Zeit ihres Nießbrauchs fallenden gewöhnlichen und ungewöhnlichen Nutzungen von der Sache zu ziehen befugt sein, — §. 23. Tit. 21. Thl. I. A. L. R. — auch alle auf der Sache haftenden, sowohl ordentliche als auch außerordentliche Lasten aus eigenen Mitteln tragen. Von dieser Regel tritt nur dann eine Ausnahme ein, wenn sie nachweisen können, daß die ungewöhnlichen Lasten und Abgaben alle während der Dauer ihres Nießbrauchs gezogenen Nutzungen, nach Abzug der davon entrichteten gewöhnlichen Lasten, übersteigen haben, in welchem Falle sie die Vergütung dieses Ueberschusses von dem Eigenthümer zu fordern befugt sind. — §§. 87. 88. l. c. — In die Kategorie der „Lasten und Abgaben von der Sache," worüber der §. 87. l. c. disponirt, gehören nun aber nicht diejenigen Kosten, welche eine wegen eingetretener Grenzverdunkelung, nach §. 388 Tit. 17. Th. I. A. L. R. gerichtlich vorzunehmende Regulirung des Grenzzuges verursacht. Solche Regulirungen gehören vielmehr in das Gebiet der rechtlichen Ansprüche, auf welche die Vorschriften der §§. 82 seq. Tit. 2. Thl. I. l. c. über Prozeßkosten analoge Anwendung finden. Rechtsverwickelungen mit dritten Personen sind im §. 87. l. c. gar nicht im Auge gehalten, und es wird daher auch dem amtlichen Nießbraucher sein Regreß nicht abgesprochen werden können, Falls er durch die Grenzerneuerung an dem ihm loco salarii überwiesenen Areal verliert.

Hiernach haben die Geistlichen und Schullehrer die Kosten bei Grenzerneuerungen nach dem im §. 384. Thl. I. Tit. 17. A. L. R. angegebenen Maßstabe nicht für ihre Person zu tragen, sondern nur vorschußweise zu leisten, und es steht ihnen, da sie den Nießbrauch als pars salarii genießen, in Betreff dieser Kosten, eben so wie wegen der eigentlichen Prozeßkosten, noch vor der Beendigung des Nießbrauchs ein Anspruch auf Erstattung zu. Die Erstattungs-Verbindlichkeit trifft die Eigenthümer der zum Nießbrauch eingesetzten Sachen, mithin die Kirche und resp. die Kirchen- oder die Schul-Sozietät.
(B. M. Bl. 1843. S. 74.)

§§. 22. 23. 42. 143. 170. 171. I. Hat der Nießbraucher eines ganzen Vermögens, zu welchem Seehandlungs-Prämienscheine gehören, bei der nach Beendigung des Nießbrauchs stattfindenden Auseinandersetzung das Recht, die Gewährung der Differenz zwischen dem planmäßigen Course der nicht ausgeloosten Prämienscheine zur Zeit des Anfangs des Nießbrauchs und zwischen denjenigen zur Zeit der Beendigung als Nutzung desselben zu fordern?

1) Es verneinen per tres conformes das L. u. St. G. zu H., die Deputation für summarische Proc. II. Inst. des O. L. G. zu Hamm, und das Geh. Ob. Trib. (das Datum der Erk. konstirt nicht) der Appellationsrichter, weil keine Zinsen fällig geworden; die beiden andern Richter führen dagegen aus: Ein Prämienschein sei kein zinsbares Kapital im Sinne des §. 170 h. t., sondern der Zinsbetrag bis zur Verlosung sei von Hause aus dem Kapital zugeschlagen und bilde mit diesem ein Ganzes. Eine fortlaufende Nutzung durch Genuß von Zinsen, die sich vom Kapitale trennen ließen, gewährten also diese Papiere nicht. Der Umstand, daß der Courswerth des ursprünglich nur auf Höhe von 50 Rthlr. gültigen Scheins dadurch steigt, daß die gewisse Aussicht vorhanden ist, künftig einmal, jedenfalls mindestens eine so hohe Prämie zu empfangen, als die Zinsen des Kapitals von 50 Rthlrn. seit dem Jahre 1832 betragen, ändere die Natur des Papiers nicht. Es bleibe ein Schuldschein, mit welchem die Hoffnung auf eine Prämie verknüpft ist, deren Betrag zwar ungewiß, aber doch mindestens einem Zinsbetrage von 4 oder 5 pCt. gleich. Die Hoffnung auf diesen Gewinn gehöre mit zum Eigenthum des Papiers, und könne dem Eigenthümer dadurch, daß einem Andern der Nießbrauch des Vermögens eingeräumt worden, nicht genommen werden.

2) Es bejaht Sommer (als Mandatar des in dem Processe ad 1. betheiligten Nießbrauchers): für die rechtliche Beurtheilung der Prämienscheine als einer den Redaktoren des A. L. R.

unbekannt gewesene Erfindung der Neuzeit, könnten die Grundsätze des Letztern nicht wörtlich zur Anwendung kommen, vielmehr müsse aus den Gesetzen die Analogie für sie erhoben werden. Die Rechtsgelehrten sollen aus den bestehenden Gesetzen die leitenden Grundsätze für solche neue Institute herausfühlen und so das Recht organisch fortbilden. Daß es nun an Seehandlungs-Prämienscheinen im Allgemeinen einen Nießbrauch geben könne, sei unbestreitbar, da möglicher Weise das ganze Vermögen, an welchem Jemanden gesetzlich der Nießbrauch zustehe, aus solchen Aktivis bestehen könne. Es müsse also auch Substanz und Nutzung zu unterscheiden sein, und zwar müsse dies nach der Natur des Papiers in der Art geschehen, daß wenn während der Dauer des Nießbrauchs der Prämienschein gezogen wird, als Frucht die planmäßig jährlich dem ursprünglichen Kapital der 50 Rthlr. hinzukommenden Zinsen erscheinen, das Kapital und der das planmäßige Gewinn-Minimum des betreffenden Jahrs übersteigende Gewinn aber als Substanz. Hiernach müsse auch im umgekehrten Falle, wo keine Prämienscheine in den Ziehungen herauskommen, die planmäßigen jährlichen, dem Kapital bis zum dereinstigen Herauskommen zugerechneten Zinsen als eingetretene, wenngleich noch rückständige Nutzung angesehen werden. Für diese Ansicht spreche die Analogie der §§. 22, 23, 30, 32, 143, 170, 171 h. t. und des §. 192. Tit. 7. Thl. I.
(Ulrich Archiv. Bd. 10. S. 133 ff.)

II. Wem gehören die während der Nießbrauchszeit herauskommenden Gewinne der Seehandlungsprämienscheine, dem Eigenthümer oder dem Nießbraucher?

a) Das L. u. St. G. zu H. (in dem zu I. erwähnten Erk.) nimmt Ersteres an, spricht jedoch dem Nießbraucher den Nießbrauch des Gewinns zu.

b) Sommer tritt bei, jedoch mit der Modifikation, welche sich aus seiner zu I. mitgetheilten Ansicht dahin ergiebt, daß das planmäßige Gewinn-Minimum, also die jährlich dem ursprünglichen Kapital hinzugekommenen Zinsen, als Nutzungen dem Nießbraucher eigenthümlich zukommen.

c) Für Letzteres entscheidet sich die Deput. II. Instanz des O. L. G. zu Hamm (in ihrem zu I erwähnten Erk.) (Ulrich Archiv Bd. 10. S. 133 ff.)

§. 25. Vergl. L. R. I. 18. §§. 9, 10.

§. 29. Vergl. L. R. I. 9. §. 221.

§§. 32—36. Laspeyres, vom Nießbrauche an Waldungen, im Archiv für civ. Praxis. Bd. XIX. S. 71 ff.

§. 41. Vergl. L. R. I. 9. §. 97.

§. 42. Inwiefern sind Renten, aus einer Rentenversicherungsanstalt bezogen, den Leibrenten gleich zu achten?

1) Bornemann bemerkt, die Frage lasse sich hauptsächlich nur nach dem Inhalte der Statuten einer solchen Anstalt beurtheilen. (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 271.)

2) In Beziehung auf die preußische Renten-Versicherungs-Anstalt giebt Bornemann gegen den von Jung angeführten Verneinungsgrund (vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 630), — daß die über die Höhe der eingelegten Kapitalien gezahlten Renten, weil die Mitglieder der Gesellschaft eine zu gegenseitiger, auf die Zinsen der eingezahlten Rentenkaufs-Kapitalien gerichtete Erbverbrüderung verbundene Gesellschaft bildeten, als reine Erbschaften zu betrachten, — das Bedenken, daß, die Richtigkeit der Annahme einer solchen Gesellschaft vorausgesetzt, nur diese Gesellschaft erben könne, die von derselben an die einzelnen Mitglieder gezahlten Renten aber ihren Charakter als Renten behielten, den sie nach der Absicht der Interessenten auch nur haben sollten. (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 272.)

§§. 48. 67. Bornemann hält die in d. Mot. z. n. Bürg. G. B. (vergl. Ergänz. Ausg. 2. S. 631) versuchte Lösung des anscheinenden Widerspruchs dieser beiden §§. nicht für motivirt. Die Lösung sei vielmehr aus der den §§. 55 ff. unterliegenden Absicht — die Weiterungen, welche aus den Verwendungsforderungen des Nießbrauchers nach Röm. R. bei der Rückgewähr entstehen, möglichst abzuschneiden — zu entnehmen. Der §. 48 beziehe sich nur auf die Verbindlichkeit des Nießbrauchers, die Gebäude wirthschaftlich zu unter-

halten. Die Vermuthung des §. 48 begründe nur das Recht des Eigenthümers, die Erhaltung in gutem Bauzustande zu verlangen, wogegen jedoch dem Nießbraucher der Gegenbeweis zustehe. Der §. 67 dagegen betreffe den Fall, wenn der Nießbraucher Wiederherstellungen und Reparaturen, zu denen er vom Eigenthümer nicht gezwungen werden kann, vorgenommen und die vorgeschossenen Kosten nach beendigtem Nießbrauch erstattet verlangt. Die Vorschrift, daß er bei unterlassener Beschreibung hiermit nicht zu hören, habe in jener Absicht der §§. 55 ff. ihren Grund. Der Unterschied bestehe also darin, daß der Nießbraucher gegen den bei unterlassener Beschreibung auf Erhaltung in gutem Stande klagenden Eigenthümer zwar die Einrede, daß er die Gebäude schlecht überkommen, nicht aber eine Gegenklage auf Einwilligung der Wiederherstellung u. s. w. anbringen könne.
(System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 274.)

§§. 55 ff. Ueber die Frage, ob der bäuerliche Wirth das abgebrannte Auszüglerhaus seinem Altsitzer wieder aufbauen muß? Vergl. Suppl. zu L. R. I. 11. §§. 602—605. (s. oben S. 58.)

§. 70. Ist der Nießbraucher wegen der Zinsen dem Gläubiger persönlich verhaftet, oder ist blos das Verhältniß zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer der Gegenstand der Bestimmung des §. 70?

Letzteres nehmen an:

a) Rintelen, in den Beiträgen zur Lehre vom Pfandrecht. (Jur. Wochenschr. 1844. S. 794);

b) Koch (Lehrb. §. 319. Bd. 1. S. 509), weil keinerlei Rechtsverhältniß zwischen dem Nießbraucher und Gläubiger bestehe.

§. 73. Vergl. L. R. I. 10. §§. 7—11.

§§. 87. 82. Muß der Nießbraucher auch die Kosten einer nach Vorschrift der §§. 383 ff. 388. Tit. 17. Thl. I. A. L. R. ohne Proceß erfolgten gerichtlichen Grenzerneuerung tragen?

Es verneint das Min. d. G. in der Verf. v. 23. Febr. 1843: dergleichen Kosten seien nicht zu den „Lasten und Abgaben von der Sache" zu rechnen, von welchen §. 87 h. t. disponirt, indem derselbe Rechtsverwickelungen mit dritten Personen nicht im Auge habe. Grenzerneuerungen aber, welche gemäß §. 388. Tit. 17. a. a. O. gerichtlich zu reguliren, gehörten in das Gebiet der rechtlichen Ansprüche; es seien also die Vorschriften §§. 82 h. t. über Proceßkosten analog anzuwenden. (J. M. Bl. 1843. S. 74.)

§§. 140—142. Vergl. §§. 19, 20 h. t.

§. 166. Diese Regel galt nach Röm. R. nur für die dos. (Vergl. L. 7. §§. 1—4. D. sol. matrim. (XXIV. 3.) In der gemeinen Praxis ist sie jedoch allgemein angenommen. (Vergl. Ludwig, de fructuum attributione, diss. II.; in Opp. II. p. 1246).

§. 169. Gehören einzelne in städtischen Fluren belegene Ackerstücke, Wiesen, Gärten u. s. w. in die Kategorie der Landgüter?

Koch (Lehrb. §. 325. Note 1. Bd. I. S. 516) verneint.

§. 173. Vergl. §§. 17, 468 h. t., L. R. I. 2. §. 121.

§. 176. In Betreff der Frage über die Erfordernisse der Löschung des Nießbrauchs bemerkt Bornemann (Ausg. 2. Bd. 4. S. 281) das Nießbrauchsrecht selbst könne zwar auf Grund des Nachweises von dem Ableben des Berechtigten allein gelöscht werden, jedoch nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalte der etwaigen Rückstände; zur Löschung der letztern sei nach Hyp.-O. II. 202. Löschungkonsens der Erben erforderlich.

§. 181. Ueber die Frage, ob der Ehemann durch die Bewilligung der Cession der auf seinen Grundstücken eingetragenen Illatenforderung seiner Ehefrau, den Nießbrauch an den cedirten Illaten verliert, vergl. Suppl. zu L. R. II. 1. §§. 205.

§§. 185. 186. Das Gebrauchsrecht. Inst. II. 5. — Dig. VII. 8. —
Koch Lehrb. §. 328. Bd. I. S. 518 ff.
Vergl. L. R. I. 19. §§. 22, 24—26.

Zweiter Abschnitt.

Von der Erbpacht.

Literatur.

Koch, Lehrb. §§. 329—332. Bd. 1. S. 520 ff.
Bornemann, Ausg. 2. §. 285. Bd. 4. S. 284 ff.

Einleitung.

Zu Nr. II. u. III. (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 646.)

Das Ges. v. 31. Jan. 1845 (G. S. S. 93), nach welchem die Befugniß zur Ablösung des Erbpachtzinses durch Vertrag ausgeschlossen werden kann, vergl. zu L. R. I. 4. §. 6. Nr. 2. (oben S. 12.)

§§. 187—189. Ist die After-Vererbpachtung eines zu erbpachtlichen Rechten besessenen Grundstücks zulässig?

1) Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 288) bejaht, dem Schreiben des Justiz-Min. v. 3. Febr. 1843 (vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 647) sich anschließend.

2) Koch (Lehrb. §. 329. Nr. II. Bd. I. S. 521) verneint auf Grund der Regel: servitus servitutis esse non potest, welche auch nach der Theorie des A. L. R. gelte, und dahin zu verstehen sei, daß die Bestellung des nämlichen Rechts in verminderter Potenz an dem gleichen Rechte ausgeschlossen.

§. 201. Muß der Erbverpächter, der sich das Revokationsrecht vorbehalten hat, bei eintretendem Heimfalle, um von der Vertretung der inzwischen auf die Erbpachtsgerechtigkeit eingetragenen Schulden befreit zu sein, auch dieses Recht bei der Vererbpachtung ausdrücklich ausbedingen und im Hypothekenbuche vermerken lassen?

Koch (Lehrb. §. 331, Bd. I. S. 523, 524) bejaht, der mitgetheilten Entscheidung des Geh. Ob. Trib. beitretend. (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2, S. 652. Nr. 5.)

2) Schr. des Just. Min. v. 3. Febr. 1843 an das Min. des K. Hauses. Afterverpachtung von Erbpachtsgrundstücken.

Ew. Exc. beehre ich mich auf das geneigte Schreiben v. 7. v. M., in der Prozeßsache des Fiskus wider die Schuhmacher L.schen Eheleute, wegen Zahlung von Laudemien von einer ihnen von dem Erbpachtsgute N. abgetretenen Parzelle, ganz ergebenst zu erwiedern, daß ich nach einer sorgfältigen Prüfung des Gegenstandes der von dem Oberlandesgericht zu N. aufgestellten Ansicht nicht beipflichten kann, die Aftervererbpachtung eines zu erbpachtlichen Rechten besessenen Grundstücks vielmehr für zulässig halte, wenn die ausdrückliche und schriftliche Einwilligung des Erbverpächters hinzutritt.

Zwar muß die von Ew. Exc. aufgestellte Frage in den einzelnen vorkommenden Streitfällen der richterlichen Entscheidung vorbehalten werden; ich nehme jedoch keinen Anstand, meine rechtliche Ansicht in Nachstehendem näher auseinander zu setzen.

Nach §. 187. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. ist der Erbpachtvertrag

„der Vertrag, vermöge dessen Jemand das volle Nutzungsrecht einer fremden Sache gegen einen damit in Verhältniß stehenden Zins erblich überkommt."

Das Gesetz schließt keine Art von fremden Sachen aus, und es kann daher jede Sache, an welcher ein erbliches Nutzungsrecht stattfindet, Gegenstand des Erbvertrages sein.

Auch Bornemann in seiner systematischen Darstellung Bd. 4. S. 440. nimmt dies an, indem er daselbst sagt:

„Gegenstand des Erbpachtrechts können nicht blos Grundstücke, sondern auch andere Sachen sein, an denen ein erbliches Nutzungsrecht überhaupt möglich ist; z. B., wie Suarez in der revisio zum ungedruckten Entwurf bemerkt, die Jurisdiktion und das Zehntrecht."

Hieraus geht klar hervor, daß das Wort „Sache" in dem oben erwähnten §. 187. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. nicht in dem engeren Sinne des §. 3. Tit. 2. a. a. O. gebraucht ist; daß dasselbe vielmehr auch Rechte umfaßt, wenn sie nur ihrer Natur nach von der Art sind, daß an demselben ein erbliches Nutzungsrecht stattfinden kann.

Es fragt sich daher:

ist das Erbpachtrecht unter diese Rechte zu rechnen?

Das Oberlandesgericht zu N. verneint diese Frage und führt für seine Ansicht an:

die Afterpacht eines Erbpachtguts müßte in der erblichen Uebertragung des vollständigen Nutzungsrechts an einem vollständigen Nutzungsrechte bestehen; ein solches vollständiges Nutzungsrecht an einem Nutzungsrechte sei aber juristisch undenkbar.

Von der Richtigkeit dieser Behauptung kann ich mich nicht überzeugen.

Das Erbrecht dauert in der Regel immerwährend, und selbst, wenn es als herrenlos oder verwirkt

dem Staate anheimfällt, muß es für Rechnung des Fiskus einem andern annehmlichen Erbpächter unter gleichen Bedingungen überlassen werden. (§§. 188. und 224. a. a O.)

Nach §. 201. ebend. ist die Erbpachtgerechtigkeit das volle Eigenthum des Erbpächters, und es kann von ihm, so weit er nicht durch den Inhalt des Kontrakts eingeschränkt ist, frei darüber verfügt werden. Zu diesen Verfügungen über die Erbpachtgerechtigkeit gehört auch die Vererbpachtung, d. h. die Verleihung des vollständigen erblichen Nutzungsrechts an derselben, mit Vorbehalt der Proprietät, und ich vermag in der Natur der Erbpachtgerechtigkeit im Allgemeinen kein Hinderniß einer solchen Aftervererbpachtung zu finden.

Es versteht sich, daß sie nur mit Einwilligung des ursprünglichen Erbverpächters des Eigenthümers der Sache, §. 202. a. a. O. und Tit. 18. §§. 698—703. und in der dort vorgeschriebenen Form, erfolgen kann.

Das hierdurch gebildete Rechtsverhältniß ist ein anderes, wie das durch Veräußerung des Erbpachtrechts entstehende.

Bei dieser scheidet der Erbpächter ganz aus, bei der Aftervererbpachtung bleibt er nach wie vor im Rechtsverbande. Er tritt zwischen den Erbverpächter und den Aftererbpächter, bleibt der Erbpächter des ersten Erbverpächters, und wird der Erbverpächter des Aftererbpächters.

Im Falle des §. 212. nnd flg. a. a. O. übt er also die dem Erbverpächter zustehenden Rechte aus, und man kann daher nicht einmal sagen, daß der Zweck der Aftervererbpachtung durch die Veräußerung des Erbpachtrechts vollständig erreicht werde.

Allerdings lassen sich Fälle denken, in welchen eine solche Aftervererbpachtung nicht unbedingt zulässig ist. Ist z. B. die Erbpacht nach §. 189. a. a. O. nur auf gewisse Grade oder Generationen eingeräumt, so versteht es sich von selbst, daß der Erbpächter nicht ohne diese Beschränkung weiter vererbpachten kann. Hier liegt aber das Hinderniß nicht in der allgemeinen Natur des Erbpachtrechts, sondern in einer speciellen vertragsmäßigen Beschränkung.

Ein Zeitpachtgut kann verafterpachtet werden, weshalb sollte ein Erbpachtgut nicht wieder Gegenstand eines Erbpachtvertrags sein können? Noch bemerke ich, daß in dem bei der gegenwärtigen Revision der Gesetze vorgelegten Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs Thl. II. Sachenrecht §. 601. der Quartausgabe und §. 615. der Oktavausgabe die Afterverpachtung ausdrücklich nachgelassen ist.

Was endlich die von Ew. Exc. aufgestellte Frage betrifft:

„in wiefern in Fällen einer theilweisen Aftervererbpachtung der erste Erbverpächter von dem Aftererbpächter ein Laudemium zu fordern berechtigt ist?"

so bin ich der Meinung, daß ihm ein solches Recht ohne eine ausdrückliche Stipulation bei der Aftervererbpachtung nicht zugestanden werden kann, weil nach §. 203. a. a. O. bei Vererbpachtungen die Laudemialpflicht nur da eintritt, wo sie ausdrücklich vorbedungen ist, und dasselbe auch bei Aftervererbpachtungen gelten muß.

Indeß dürfte diese Frage nur von geringer Erheblichkeit sein, weil die Aftervererbpachtung nur mit ausdrücklicher, schriftlicher Einwilligung des Erbverpächters statthaft ist, dieser es mithin in seiner Gewalt hat, unter welchen Bedingungen er seine Einwilligung ertheilen will.

(B. M. Bl. 1843. S. 52—53.)

§. **202.** 1) Westpr. Provinzialrecht §. 2, nach welchem der Erbverpächter binnen zwei Monaten das Vorkaufsrecht hat. (G. S. **1844**. S. **105**.)

2) Vergl. in Ansehung des Vorkaufsrechts Ergänz. zu L. R. **I. 20**. §§. **573**, **651**. Zus. **5**. (Ausg. **2**. Bd. **2**. S. **609**.)

§§. **204**. **205**. Kann der Erbverpächter wegen eines Rückstandes des Erbpachtzinses allein die Erbpachtgerechtigkeit subhastiren lassen?

Bornemann verneint. Vergl. dessen Einwendungen gegen die für die entgegengesetzte Ansicht mitgetheilte Deduktion der Motive des n. b. G. B. in dessen System Ausg. **2**. Bd. **4**. S. **292** ff.

§§ **217**, **218**, **203**. Vergl. in Ansehung der bei Zerstückelungen gestatteten Erhöhung des auf das Trennstück fallenden Kanons um **4** pCt., Cultured. v. **14**. Sept. **1811**. §. **2**. (s. Einl. zur Erbp. Zus. III., Ergänz. Ausg. **2**. Bd. **2**. S. **646**.)

Dritter Abschnitt.

Von dem eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte fremder Sachen.

Bornemann System. Ausg. **2**. §. **286**. S. **294** ff.

§§. **229—257**. Der Leihvertrag.

§. **233**. Bezieht sich die Bestimmung des §. **233** ganz allgemein auf Verträge über Immobilien, oder nur speziell auf den Kommodats-Kontrakt.

Letzteres nimmt an die Deputation des O. L. G. zu Ratibor für summarische App. Sachen in dem Erk. v. 14. Mai 1841, auf Grund des §. 234 und weil §. 233 sich unter der Rubrik des Leihvertrages findet. (Koch Schl. Arch. Bd. V. S. 434 ff.)

§§. **246. 248.** Kann der Verleiher, welcher nicht Eigenthümer der im Besitze des Leihers durch dessen Versehen verloren gegangenen Sache war, den Sachwerth fordern, oder hat er nur Anspruch auf Ersatz des erweislich erlittenen Schadens?

1) Letzteres nimmt das Geh. Ob. Trib. an, in dem Erk. v. 8. Nov. 1843: Niemand könne Ersatz für einen Schaden fordern, den er nicht erlitten. Es komme somit wesentlich darauf an, ob der Verleiher der Sache auch der Eigenthümer; ist er dies nicht, so sei er zur Forderung des Sachwerths nur in sofern legitimirt, als er den Eigenthümer dieserhalb befriedigt. Die entgegengesetzte Ansicht beruhe auf einer Verwechselung des dem Verleiher nach §. 246, allerdings auch dann, wenn er nicht Eigenthümer, vertragsmäßig zustehenden Rückforderungsrechtes mit dem Rechte, sich den Werth der Substanz zuzueignen, wenn die Sache im Besitze des Leihers verloren gegangen. Dies letztere Recht stehe nur dem Eigenthümer zu. (Jur. Wochenschr. 1844. S. 537.)

2) Ersteres nehmen an:

a) das L. u. St. G. zu T. und

b) das O. L. G. zu Insterburg in den Erkenntnissen erster und zweiter Instanz des zu 1 erwähnten Prozesses, (das Datum konstirt nicht)

c) Kämpffert (L. u. St. G. R.)

d) Arndts.

Diese führen aus: Die Erstattung des Sachwerths zu fordern, sei ein vertragsmäßiges Recht des Verleihers. Wie der, welcher eine Sache unter der Bedingung der Rückgabe empfangen, diese zu leisten verpflichtet, ebenso unzweifelhaft erscheine seine Verpflichtung, den Sachwerth zu ersetzen, wenn er sich deren Rückgabe durch ein vertretbares Versehen unmöglich gemacht. Unerheblich hierbei sei das Verhältniß, in welchem der Geber zur Sache steht. (§. 39. Tit. 3., §§. 285. Tit. 5). Denn, wenn der Empfänger, dem Geber gegenüber, die Rückgabe der Sache in dem empfangenen Zustande nicht verweigern könne, ersterm also das Recht zustehe, das frühere Verhältniß, in dem er zur Sache bei der Uebergabe derselben an den Empfänger stand, zu reproduciren, so ergebe sich daraus als nothwendige Folge die Verpflichtung des Empfängers, dem Geber den Werth der Sache zu erstatten, wenn er jene Reproduktion unmöglich gemacht. Somit würde selbst nach der Auffassung des Geh. Ob. Trib., nach welcher die Forderung des Werths, als eine Schadensforderung erscheint, der Verleiher zur Erstattung des Sachwerths verpflichtet sein, indem der Begriff des Schadensersatzes landrechtlich eben auf der Wiederherstellung des frühern Zustandes beruhe. Ob der Verleiher demnächst den erhaltenen Sachwerth sich zu eigen machen dürfe oder dem Eigenthümer der Sache herausgeben müsse, sei lediglich zwischen diesen beiden zu verhandeln, und erscheine der daraus von dem Leiher etwa entnommene Einwand als eine exceptio de jure tertii.
(Jur. Wochenschr. 1844. S. 535 ff., S. 540 Note.)

§. **251.** Vergl. L. R. I. 3. §. 13.

§§. **258—625.** Vom Mieth- und Pacht-Vertrage.
Bornemann, System. Ausg. 2. §§. 287—294. Bd. 4. S. 295 ff.

§. **315.** 1) Muß der Vermiether, welcher den ohne seine Zustimmung aufgenommenen Aftermiether ausgewiesen wissen will, die Räumungsklage gegen Letztern anstellen oder genügt die Klage gegen den Hauptmiether?

2) Ist ein blos gegen den Hauptmiether ergangenes Exmissionsurtel ohne Weiteres gegen den Aftermiether vollstreckbar, und diesem blos zu überlassen, sich bei der Exekution als Intervenient zu melden, und sein Widerspruchsrecht geltend zu machen?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 309.) bemerkt, der Vermiether könne gegen Jeden von beiden klagen, gegen den Hauptmiether aus dem Kontrakte, gegen den Aftermiether aus L. R. I. 7. §. 171; es sei jedoch nach den Grundsätzen über die Litigiosi-

tät zu unterscheiden, ob der Aftermiether vor oder nach Insinuation der Exmissionsklage an den Hauptmiether erworben. Im erstern Falle müsse nach A. G. O. I. 24. §. 5 gegen den Aftermiether noch besonders geklagt, im zweiten könne nach §. 9 ibid. und A. G. O. I. 7. §. 48 das gegen den Hauptmiether ergangene Erkenntniß auch gegen den Aftermiether vollstreckt werden, und zwar ohne daß es auf seine bona oder mala fides ankomme.

§. 325. Kann der Pächter oder Miether, wenn er einmal im Besitz geblieben, und dadurch seinen Willen, das Kontraktsverhältniß fortzusetzen, zu erkennen gegeben hat, gegen den Willen des Vermiethers oder Verpächters, vor Ablauf der Prolongationszeit wieder abgehen?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 313) bejaht unter Abänderung seiner frühern Ansicht (vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 674): die stillschweigende Prolongation sei ein neuer Vertrag; es könnten daher nur die allgemeinen Vorschriften über die Acceptation eines Antrags zum Vertrage und über die Rechte des Antragenden zum Rücktritte zur Anwendung kommen. Hier liege der Fall vor, daß über die Zeit der Annahme nichts bestimmt, nach §. 94. L. R. I. 5. könne also der Miether oder Pächter, da auf seinen durch die Fortsetzung des Besitzes manifestirten Antrag der Vermiether oder Verpächter nicht sogleich sich erklärt hat, bis zu der manifestirten Acceptation zurücktreten. Weder durch die Worte des §. 325 h. t. noch durch die §§. 332—335 sei dieser allgemeine Rechtssatz hier für aufgehoben zu erachten.

§. 327. Geht das einem Vermiether kontraktsmäßig zustehende Recht, die sofortige Räumung der Wohnung zu verlangen, sobald die Miethe nicht am ersten Tage jedes Quartals pränumerando berichtigt wird, verloren, wenn der Vermiether die Miethe an einem spätern Tage, obgleich mit Vorbehalt, annimmt?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 314) verneint, indem er gegen das die Bejahung deducirende Urtel des O. A. Senats des Kammergerichts (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. S. 675) einwendet: Wenn auch an sich das Recht der Exmission neben der durch die Annahme des Miethszinses stillschweigend eingegangenen Verlängerung des Vertrags nicht bestehen könne, so werde doch dadurch nicht die Befugniß der Parteien ausgeschlossen, sich darüber zu einigen, daß zwar vorläufig der Vertrag verlängert worden, die weitere Fortsetzung desselben aber lediglich von der Willkür des Lokators abhängen solle. Eine solche Uebereinkunft müsse man sowohl nach der muthmaßlichen Absicht der Parteien, als auch nach den beschränkenden Regeln des stillschweigenden Verzichts, darin finden, daß der Konduktor des Vorbehalts ungeachtet Zahlung leistet, da nur an das hier in Frage stehende Recht bei diesem Vorbehalte gedacht sein könne.

§. 328. Ist dieser §. auf Miethungen von beweglichen Sachen anzuwenden?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 312) bejaht.

§. 350. Tritt der §. 350 beim nothwendigen Verkauf des vermietheten oder verpachteten Grundstücks in allen Fällen des §. 2. der V. II. v. 4. März 1834 ein.

1) Das G. v. 11. Aug. 1843 (G.S. 1843. S. 323, vergl. dasselbe unten zu A. G. O. I. 52.) bestimmt im §. 1. unter Aufhebung der Vorschrift des §. 2. Nr. 3. der V. II. vom 4. März 1834, daß die auf den Antrag eines Miteigenthümers zum Zweck der Auseinandersetzung eingeleitete Subhastation, die Wirkungen einer nothwendigen Subhastation nur gegen die Miteigenthümer, nicht aber gegen Pächter, Miether" und Realberechtigte habe.

2) Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 318) bemerkt, durch diese Bestimmung sei zugleich jeder Zweifel gegen das Eintreten der in Rede stehenden Wirkungen bei den übrigen Fällen der nothwendigen Subhastation beseitigt.

§§. 366—369. Sind nach dem Tode eines Pächters, der Verpächter und die Erben des Pächters blos in dem ersten Jahre zur Kündigung befugt, oder steht ihnen diese Befugniß auch in den folgenden Jahren zu, so daß die Auflösung der Pacht in jedem Wirthschaftsjahre von dem Willen des einen oder andern Interessenten abhängt?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 321) entscheidet sich, unter Rücknahme seiner

frühern Ansicht (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 681) für die letztere Alternative. Die §§. 366—371 sprächen das Recht der Erben zur Kündigung überhaupt aus, beschränkten es nur nach Einer Seite, nämlich durch Bestimmung von Fristen, innerhalb welcher es nicht ausgeübt werden könne, erkannten daher nothwendig seine natürliche Unbeschränktheit nach der andern Seite hin an.

§. 387. Begründet die Verwendung einer gepachteten oder gemietheten Sache zu einem andern als dem in dem Vertrage ausdrücklich bestimmten Gebrauche die Entsetzung des Pächters oder Miethers während der kontraktmäßigen Zeit, wenn auch eine Beschädigung der Substanz nicht zu besorgen ist?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 323) tritt der bejahenden Entscheidung des Geh. Ob. Trib. bei. (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 684.)

§. 395. I. Erstreckt sich das Pfandrecht auf die von dem Miether oder Pächter eingebrachten Effekten auch auf diejenigen, welche nicht ihm, sondern einem Andern eigenthümlich gehören? (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 687.)

Die unbedingt verneinende Ansicht vertheidigen ferner:

a) Koch; er verwirft jedoch die Gründe des Plenarbeschl. v. 12. März 1838: Die Behauptung, daß die vom guten Glauben geltenden Regeln des A. L. R. nur bei dem ausdrücklichen Pfandvertrage, nicht aber da zur Anwendung kommen, wo die Pfandbestellung Naturale eines andern Kontrakts (also bei dem stillschweigenden Pfandgeschäfte), sei ganz unerwiesen; die fernere Annahme, daß die juristisch-technische Bedeutung des Begriffes: „Eingebrachtes" „illatum" das Eigenthum des Einbringenden an der eingebrachten Sache voraussetze, sei ungegründet, da jener Ausdruck ein räumliches Verhältniß bezeichne, mithin dahin gestellt sein lasse, wer Eigenthümer, wie denn auch L. 1. §§. 7. u. 8. D. nautae, caupones (IV. 9.) Pomponius ausdrücklich sage, man könne fremde Sachen „inferre;" der dritte Grund des Geh. Ob. Trib. endlich, — daß wenn fremde Sachen dem Pfandrechte des Vermiethers unterworfen wären, erhebliche Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung entstehen müßten, indem bei dieser stillschweigenden Verpfändung kein gesetzlicher Maaßstab der Auseinandersetzung zwischen dem Eigenthümer und dem Vermiether für diesen Fall vorhanden — entbehre der juristischen Basis und sei unpassend, weil jener Maaßstab auch dann fehlen würde, wenn eine ausdrückliche Verpfändung eingebrachter Sachen für die Miethe stattgefunden.

Koch führt dagegen zur Begründung seiner Ansicht folgendes an: daß ein Pfandgläubiger wegen der Forderung, für welche er in gutem Glauben eine dem Verpfänder nicht gehörige Sache zum Pfande angenommen, nicht die Rechte eines Pfandgläubigers, d. h. kein Pfandrecht auf die Sache habe, sei so klar, wie es gewiß, daß der redliche Käufer einer dem Verkäufer nicht gehörigen Sache durch die Uebergabe nicht Eigenthümer wird. Wie nun einem solchen Käufer bei der Vindikation das auf den Kauf Verwandte zu erstatten, ebenso verordnen §§. 80. 81 Tit. 20 bezüglich der Verpfändungen die Erstattung des wirklich Gegebenen. Nicht blos kein Vermiether, sondern überhaupt kein Pfandnehmer habe die Rechte eines Pfandgläubigers auf fremde Sachen, sie mögen ihm ausdrücklich oder stillschweigend verpfändet sein. Die Frage reduzire sich bei der Verpfändung ebenso wie bei Eigenthumserwerbungen lediglich auf den Einwand des guten Glaubens oder auf das Retentionsrecht des Vindicationsbeklagten, und es sei blos zu entscheiden: ob der Letztere seine ganze Forderung an den Pfandgeber aus dem Rechtsgeschäfte, oder nur die auf den Erwerb gemachten Verwendungen aus seinem Vermögen, von dem vindicirenden Eigenthümer verlangen kann? §. 80. a. a. O. entscheidet: nur das wirklich Gegebene, also nicht dasjenige, um was das Vermögen des Besitzers vermehrt oder erweitert wird, wie z. B. Zinsen (§. 82 a. a. O.), und deshalb könne der Vermiether nicht den Miethzins von dem dritten Eigenthümer der verpfändeten Sache verlangen, also auch diese nicht als Pfandgläubiger retiniren.

(Lehrb. §. 365. Bd. 1. S. 588, 589.)

b) Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 334.) unter Aufhebung seiner frühern Ansicht aus folgenden Gründen: Es sei von vornherein darauf Gewicht zu legen, daß die Redaktoren des A. L. R. wenn sie das Gegentheil, einer so wichtigen, von dem bisherigen Rechte

abweichenden Grundsatz, hätten festsetzen wollen, dies ausdrücklich würden ausgesprochen haben. Fernerrede §. 80. Tit. 20. I. L. R. mit seiner Beziehung auf L. R. I. 15. §§. 25 ff. ausdrücklich nur von einem auf den Grund eines lästigen Vertrages errichteten Pfandrechte. Diese Vorschrift könne nicht auf das gesetzliche Pfandrecht ausgedehnt werden, da sie keine Ausnahme von der Regel der Anerkennung des Eigenthums bilde, mithin stricte zu interpretiren sei. Hierdurch zerfielen auch die für seine (Bornemanns) frühere Ansicht von ihm angeführten Gründe.

II. Steht dem Afterverpächter oder Aftervermiether ein gesetzliches Pfandrecht an den Illaten seines Afterpächters oder Aftermiethers zu? (Vergl. Ergz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 690 sub D.)

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 339) bejaht, den (Ergänz. a. a. O.) mitgetheilten Gründen des Geh. Ob. Trib. sich anschließend.

III. Kollision mit andern Gläubigern. (Vergl. Ergänz. a. a. O. S. 692 sub IV.)

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 339) ist der Ansicht, daß das Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers bei Kollision mit den Rechten anderer Gläubiger des Miethers und Pächters ganz wie das Recht des Faustpfandgläubigers zu beurtheilen, verwirft jedoch die in dem R. v. 19. Juli 1839 (vergl. Ergänz. a. a. O.) ausgesprochene Behauptung, daß der Richter sofort auf das von dem Gläubiger gegen den Miether angebrachte Exekutionsgesuch die Exekution verfügen und das Prioritätsverfahren von Amtswegen einleiten müßte. Vielmehr müsse der Gläubiger jedesmal gegen den retinirenden Vermiether auf Herausgabe des Pfandes zum Zweck des Verkaufs und des über den Erlös zu eröffnenden Prioritätsverfahrens klagen.

IV. Ist der Vermiether schuldig, die im Wege der Exekution mit Beschlag belegten, von ihm aber als Pfand zurückbehaltenen Sachen seines Miethers, mit Vorbehalt seiner Rechte herauszugeben und seine Forderung nachzuweisen? (Vergl. Ergänz. a. a. O. S. 693. sub VII.)

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 340) bejaht, verwirft jedoch den von Jacobi (Vergl. Ergänz. a. a. O.) dafür angeführten Grund, daß der Gläubiger durch die im Wege der Exekution erfolgte Verfügung der Beschlagnahme ein Pfandrecht erlangt habe.

§§. 396. 397. Kann der Miether und Pächter das Retentionsrecht auch gegen den Singularsuccessor des Vermiethers und Verpächters ausüben?

1) Es verneint Bornemann (Ausg. 1. Bd. 4. S. 513); es sei denn, daß der Singularsuccessor mit dem Besitze der Sache zugleich den Vortheil aus einer zum Nutzen der Sache geschehenen Verwendung überkommen würde.

2) Es bejahen

a) Grävell (Nießbrauch, Miethe und Pacht S. 229.)

b) Bornemann (Ausg. 2. Bd. 4. S. 340) weil der Kauf die Miethe nicht bricht, der Ankäufer sei daher auch in die aus dem Miethkontrakte entspringenden Obligationen getreten, dem Konduktor persönlich verpflichtet, und müsse sich deshalb die in dem Retentionsrechte liegende exceptio doli entgegensetzen lassen.

§§. 401—407. Form. (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 695.)

1) Bornemann (System. Bd. 4. Ausg. 1. S. 515, Ausg. 2. S. 340), theilt die (Ergänz. a. a. O. sub 4) mitgetheilte Ansicht des Geh. Ob. Trib., daß die §§. 405, 406 von einem durch die Uebergabe vollzogenen Pachtvertrag zu verstehen, und aus einem blos schriftlich errichteten Pachtvertrage der vorliegenden Art ebensowenig wie aus einem mündlichen Miethvertrage, der schriftlich hätte errichtet werden müssen, auf Erfüllung geklagt werden kann.

2) Kann ein nur gerichtlich anerkannter Vertrag wegen Mangel der Form, nach §. 406 h. t., vor Ablauf der bedungenen Zeit gekündigt werden? (Vergl. Ergänz. a. a. O. S. 696. Nr. 4.)

Bornemann (System. Bd. 4. Ausg. 1. S. 515, Ausg. 2. S. 341.) verneint: Zwischen der gerichtlichen Vertrags-Aufnahme und Vertrags-Anerkennung sei hinsichts der Form kein wesentlicher Unterschied; die Vorschrift des §. 404 könne auch bei einer

bloßen Verlautbarung befolgt werden, und in dem Anhang §. 57 sei die Zulässigkeit und Hinlänglichkeit der gerichtlichen und notariellen Verlautbarung offenbar vorausgesetzt.

§. **403**. Anh. §. **57**. Findet die Bestimmung im Anh. §. 57. auf den Fall Anwendung, wenn ein Magistrat Landgüter der Stadtkommune gegen ein jährliches Pachtgeld von 200 Thalern oder mehr verpachtet? (Vergl. Ergänz. a. a. O. S. 697. sub Nr. 4.)

Bornemann (System. Ausg. 2. S. 342) unterscheidet, ob der Magistrat mit einem rechtsverständigen Syndikus, Justitiarius oder Konsulenten versehen, und dieser bei der Errichtung des Vertrags zugezogen worden, oder ob dies nicht der Fall. In erstern Falle sei die gerichtliche oder notarielle Aufnahme unnöthig, da das R. v. 13. Febr. 1797, aus welcher der §. 57 entnommen (vergl. Ergänz. a. a. O. S. 696) als Grund der Ausnahme angiebt, daß die Verlautbarung vor Gericht oder Notar eine leere Förmlichkeit sein würde, wenn jene Voraussetzungen vorhanden sind.

§. **468**. Vergl. §§. 17, 173 h. t., L. R. I. 2. §. 121.

§. **571**. Statt „§. 502" ist „501" zu setzen. (Ziehm a. a. O.)

§§. **595**. **596**. Gehen die Remissionsforderungen verloren, wenn die Pachtgelder des laufenden Vierteljahrs ohne Vorbehalt gezahlt worden sind?

1) Bielitz (Komm. IV. S. 592 ff.) verneint auf Grund §. 595.

2) Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 357) bejaht, weil die Remissionsforderungen nur einen Erlaß des Pachtgeldes, mithin eine bloße Einrede begründen. Die Verweisung des §. 595 auf die Regeln von der Kompensation besage nicht, daß Alles, was von kompensationsfähigen Gegenforderungen gilt, namentlich die Vorschrift L. R. I. 16. §. 376, auch auf Remissionsforderungen anzuwenden, sei vielmehr so zu verstehen, daß der Abzug von fälligen Pachtgeldern nur dann begründet sein soll, wenn der Anspruch auf Remission nach den Regeln der Kompensation liquide ist. Man könne nicht einwenden, daß der Pächter wegen seiner Remissionsansprüche als Kläger auftreten kann; denn dies geschähe nur, um das Remissionsquantum zum Zweck der künftigen Abrechnung oder Rückforderung des indebite Gezahlten liquide zu machen, nicht aber um von dem Gegentheil die Erfüllung einer Obligation zu verlangen.

§§. **623—625**. A. Ueber die Wirkung der im §. 623 vorgeschriebenen Anzeige, und die Folgen der Unterlassung derselben. (Vergl. Ergänz. zu §§. 623 bis 625 h. t. Nr. 2. Ausg. 2. Bd. 2. S. 710).

I. Bornemann hat seine (a. a. O. sub d.) mitgetheilte Ansicht modificirt. Er tritt Grävell (a. a. O. sub b.) darin bei, daß die innerhalb des Wirthschaftsjahres gemachte Anzeige die sonst erforderliche Anstellung der Klage ersetze, so daß in diesem Falle auch nicht die kürzern Verjährungsfristen des Tit. 5 eintreten, ferner darin, daß die Unterlassung der Anzeige nicht den Verlust des Anspruchs selbst, sondern nur den Verlust des Rechts nach sich ziehe, die Vergütung nach einem ganz unbestimmten Zeitraume einzuklagen, oder die Provokation des Pächters abzuwarten, weshalb in diesem Falle auch jene kürzern Verjährungsfristen einträten. Dagegen ist er in soweit bei seiner frühern Ansicht stehen geblieben, als er annimmt, daß Gewährsmängel, welche bis zu dem Zeitpunkt der Rückgewähr dem Verpächter nicht angezeigt sind, überhaupt nicht mehr berücksichtigt werden, mithin für den Pächter verlustig gehen sollen. (System. Ausg. 2. §. 294, Bd. 4. S. 361, 364, 362.)

II. Die beiden Senate des O. L. G. zu Magdeburg haben in den gleichlautenden Erk. (das Datum konstirt nicht) welche demnächst in revisorio durch das sub III. Nr. a. erwähnte Erk. abgeändert, angenommen, der Pächter gehe seiner Gewährs-Ansprüche verlustig, wenn er weder innerhalb des Jahres, in welchem er überzeugende Kenntniß von dem Gewährsmangel erhalten, dem Verpächter davon Anzeige gemacht, noch auch innerhalb dreier Jahre von der erlangten Kenntniß den Anspruch durch Anstellung der Klage geltend gemacht hat. (Entsch. Bd. 10. S. 35.)

III. Das Geh. Ob. Trib. (vergl. Ergänz. a. a. O. sub a.) nimmt

a) in dem Revisions-Erk. v. 11. Nov. 1831 an, daß selbst bei unterbliebener Anzeige, und wenn die Klage auch erst nach Ablauf dreier Jahre von der erlangten Kenntniß an erhoben, der Entschädigungsanspruch geltend gemacht werden werden könne, in sofern dies vor dem Zeitpunkte der Rückgewähr geschähe. (Entsch. Bd. 10. S. 35.)

b) in dem Revisionsurtel v. 11. Juli 1834 dagegen ist der Satz ausgesprochen, daß, wenn auch die Anzeige rechtzeitig geschehen, dennoch die Klage innerhalb dreier Jahre nach erlangter Kenntniß (I. 5. §. 343.) erhoben werden müsse. (Entsch. Bd. 10. S. 35.)

IV. Die Frage, ob bei unterbliebener Anzeige und nach erfolgter Rückgewähr der Gewährsanspruch durch Kompensation geltend gemacht werden könne? ist

a) bejaht:

α) von dem L. u. St. G. zu Krotoszyn (das Datum des Erk. konstirt nicht),

β) von dem L. u. St. G. zu Brandenburg (das Datum des Erk. konstirt nicht);

b) verneint:

α) von dem O. App. Ger. zu Posen, in dem das Erk. ad a. lit. α. abändernden App. Erk. (das Datum konstirt nicht,)

β) von dem O. App. Senat des Kammergerichts in dem das Erk. ad a. lit. β. abändernden Erk. (das Datum konstirt nicht),

γ) von dem Geh. Ob. Trib. in dem das Erk. sub α. bestätigenden Revisionsurtel vom 2. Okt. 1837. (Entsch. Bd. 10. S. 36. 37.)

V. Neuerdings hat der betr. Senat des Geh. Ob. Trib.

a) abweichend von den sub III. mitgetheilten Entscheidungen angenommen, daß die Unterlassung der innerhalb des Jahres (§. 623) zu machenden Anzeige den Verlust des Klagerechts zur Folge habe;

b) abweichend von seiner sub IV. mitgetheilten Ansicht unterschieden, ob die Anzeige vor dem Zeitpunkte der Rückgewähr der Pacht gemacht ist oder nicht; im erstern Falle soll die Kompensation zulässig sein, im letztern Falle nicht, vielmehr der gänzliche Rechtsverlust eintreten; (Entsch. Bd. 10. S. 37.)

In Folge dieser widersprechenden Ansichten wurden folgende Rechtsfragen an das Plenum gebracht:

1) Besteht der Nachtheil, welcher den Pächter trifft, wenn er die im §. 623 vorgeschriebene Anzeige eines entdeckten Gewährsmangels dem Verpächter nicht innerhalb des Wirthschaftsjahres macht, blos darin, daß er den Anspruch auf Entschädigung nur vor Eintritt des Zeitpunkts der Rückgewähr, §. 625, noch geltend machen kann?
oder ist mit der Unterlassung dieser Anzeige unmittelbar der Verlust des Klagerechts für den Pächter dergestalt verbunden, daß er seinen Entschädigungsanspruch auf dem Wege der Klage nicht mehr verfolgen kann?

2) Bleibt demselben in diesem Falle die Geltendmachung desselben vermittelst des Einwandes der Kompensation in sofern vorbehalten, als er die Anzeige der Gewährsmängel noch vor dem Zeitpunkte der Rückgewähr der Pacht, dem Verpächter leistet — §. 625. — und erfolgt der gänzliche Rechtsverlust, auch der Kompensationsbefugniß, für den Pächter erst dann, wenn er die Anzeige an den Pächter bis zur Rückgewähr verschoben hat?
oder hat die Unterlassung der Anzeige die Folge, daß sie sofort den gänzlichen Rechtsverlust nach sich zieht, und die Kompensation ausschließt?

Aus der Fassung dieser Fragen geht hervor, daß die Frage

ob der Pächter, welcher keine rechtzeige Anzeige gemacht, das Recht behält, nach bewirkter Rückgewähr seinen Anspruch klagend geltend zu machen?

nicht mit vor das Plenum gelangt, die Entscheidung desselben daher auf diese Frage nicht zu beziehen. (Vergl. Entsch. Bd. 10. S. 41. Note). Das Geh. Ob. Trib. hat demnächst unterm 28. Mai 1844 folgenden Plenarbeschluß gefaßt:

„Wenn der Pächter eines Landguts die gebotene Anzeige an den Verpächter von den wahrgenommenen Gewährsmängeln, vor Ablauf desjeni-

gen Pachtjahres, in welchem diese Mängel sich hervorgethan haben, nicht leistet, so hat solches nicht den gänzlichen Verlust des Rechts auf Entschädigung für den Pächter zur unmittelbaren Folge.

Als Anwendung dieses Plenarbeschlusses auf die obigen beiden Controversen (sub. 1. u. 2.) stellt das Geh. Ob. Trib. folgende Grundsätze zusammen:

1) Hat der Pächter die Anzeige innerhalb des Pachtjahres, in welchem die Mängel sich hervorgethan haben, geleistet, so hängt es von ihm ab, nach welchem Zeitverlaufe er seine Entschädigungsansprüche gegen den Verpächter geltend machen wolle, und stehen solchenfalls die, in den §§. 343. 344. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. bestimmten Verjährungsfristen ihm nicht entgegen.

2) Hat dagegen der Pächter die Anzeige rechtzeitig nicht geleistet, so unterliegt die Geltendmachung seiner Entschädigungsansprüche im Wege der Klage der drei= und resp. einjährigen Verjährungsfrist, und hat er mit der Anzeige bis zu dem Zeitpunkte der Rückgewähr gezögert, so kann er bei dieser damit nicht weiter gehört werden.

3) Die Rechte des Pächters, sich im Wege der Kompensation mit der ihm zustehenden Vergütung für Gewährungsmängel gegen Ansprüche des Verpächters zu schützen, bleiben durch vorstehende Bestimmungen ungekränkt.

Die Gründe dieser Entscheidung sind im Wesentlichen folgende:

Die §§. 623—625 seien unzweifelhaft dunkel. Es sei jedoch möglich, sie unter sich und mit den übrigen Gesetzen in Einklang zu bringen, ohne mit den Gesetzrevisoren (vergl. Ergänz. a. a. O. sub. c.) anzunehmen, daß Suarez die schon getroffenen Verjährungsbestimmungen L. R. I. 5. §§. 343, 344. übersehen.

Der erweisliche Zweck derselben sei nach den Materialien der gewesen, die Weiterungen abzuschneiden, welche entstehen mußten, wenn der Pächter erst bei der Rückgewähr mit Gewährsansprüchen hervortrat, die bis dahin noch nicht zur Sprache gekommen waren. Man habe aber von der andern Seite nicht aus dem Auge verlieren dürfen, daß der Pächter, welcher die Leistung der Gewähr, und vorkommenden Falls Vertretung und Schadloshaltung von dem Verpächter fordert, sich nach §§. 414 ff. h. t. in seinem Rechte befindet, und es sich somit nicht mit der Gerechtigkeit vertrug, ihm die Geltendmachung dieses Rechts erschweren, oder verkümmern zu wollen. Man sei daher zu dem Auskunftsmittel gelangt, dem Pächter im Interesse des Verpächters eine möglichst baldige Anzeige von dem wahrgenommenen Gewährungsmangel zur Pflicht zu machen; andererseits dagegen, wofern diese Anzeige geleistet, ihn von der Innehaltung der, in den §§. 343 und 344. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. zur Geltendmachung der Gewähr für alle lästigen Verträge, und somit auch für das Pachtgeschäft gebotenen Frist zu entbinden. Bei Festhaltung dieser Gesichtspunkte erschienen die §§. 623—625 in einem ganz natürlichen Zusammenhange. In dem §. 623 wird dem Pächter geboten:

> noch vor Ablauf des Jahres, in welchem sich Gewährsmangel hervorgethan haben, dem Verpächter davon Anzeige zu machen.

Alsdann, also wenn er diese Anzeige rechtzeitig geleistet hat, soll es von dem Pächter abhängen:

> ob er die ihm zukommende Vergütung sofort, oder nach einem Zeitverlaufe, also ohne Rücksicht auf die, im Allgemeinen bei Landgütern gebotene drei= oder einjährige Frist einklagen wolle, §. 624

so wie nicht minder dem Verpächter Gelegenheit gegeben wird, auf die ihm gemachte Anzeige, dem Mangel abzuhelfen, oder den Pächter von dem Ungrunde seiner Behauptung zu überführen, und wenn er sein Monitum nicht zurücknimmt, dennoch aber mit Anstellung der Klage zögert, ihn zu solcher Anstellung gerichtlich auffordern zu lassen. Wenn aber §. 625.

> der Pächter die Anzeige solcher Gewährungsmängel bis zu dem Zeitpunkte der Rückgewähr verschoben hat, so soll er bei dieser damit nicht weiter gehört werden;

er soll also weder auf die fällige oder rückständig gebliebene Pacht mit solchen Gewährsansprüchen abrechnen, noch auch deshalb ein Retentionsrecht ausüben dürfen.

Die Wirkung der Anzeige anlangend, so seien die Worte „nach einem Zeitverlaufe" allerdings unbestimmt. In Erwägung aller Umstände könne aber damit nur die Entbindung von der, in den §§. 343. 344. Tit. 5. bei Landgütern vorgeschriebenen drei-, oder einjährigen Verjährungsfrist verstanden worden sein; die rechtzeitige Anzeige an den Verpächter sollte die nothwendig innerhalb jener Fristen sonst anzustellende Klage vertreten. Dem Interesse des Verpächters war durch die Bestimmung des §. 625 hinreichend vorgesehen; die Rückgewähr durfte ihm nun nicht weiter durch Gewährsansprüche des Pächters verkümmert werden, die ihm bis dahin ganz unbekannt geblieben waren. War aber hierdurch zum Nachtheile des Pächters von der gewöhnlichen Regel abgewichen worden, da doch nunmehr die Zeit der Rückgewähr herangekommen sein konnte, während die Frist, die dem Pächter sonst nach §§. 343. 344. Tit. 5. zu Gebote stand, noch lief; — so war es nicht mehr als billig, andrerseits denjenigen Pächter, welcher rechtzeitig Anzeige geleistet hatte, von der sonst für Gewährungsansprüche bestehenden kürzeren Verjährungsfrist zu entbinden.

Wenn aber dies die Wirkungen der Anzeige, so könne das Praejudiz der Unterlassung nur in dem Nichteintreten jener Wirkungen, also in der Unterordnung des nachlässigen Pächters unter die gewöhnliche, kürzere Verjährungsfrist bestehen. Man könne nicht einwenden, daß da die Anzeige im §. 623 geboten, die Unterlassung, wenn dies Gebot nicht zwecklos sein solle, den Verlust des Anspruchs nach sich ziehen müsse; weil, wie gezeigt, der §. 623 vornemlich im Interesse des Pächters, und nur secundär in demjenigen des Verpächters gegeben. Ebensowenig sei eine analoge Anwendung des für Remissionsforderungen disponirenden §. 483 zulässig, da dieser §. eine lex specialis enthalte.

Nach vorstehender Ausführung müsse auch die Kompensation für zulässig erachtet werden. Auch abgesehen davon rechtfertige sich dies. Heidenreich (Vergl. Ergänz. Bd. 2. Ausg. 2. S. 710. oben.) scheine von vorn herein eine Bestimmung für diesen Fall für unnöthig gehalten zu haben, da er nur den Fall beantwortete „wenn der Pächter das Pachtgeld ohne Vorbehalt bezahlt hatte." Nach der jetzigen Gesetzgebung erledige sich die Frage einfach dadurch, daß der Gewährsmangel selbst, und nicht die Anzeige davon, den Verpächter zur Entschädigung verpflichtet, und wenn somit eine solche Verpflichtung bestand, der eigene Anspruch des Verpächters auf Bezahlung des Pachtgeldes in tantum in dem Augenblicke erlosch, wo der Gewährsmangel kundbar wurde. (Entsch. Bd. 10. S. 33 ff, Just. M. Bl. 1844. S. 187.)

B. Welches Jahr ist im §. 623 gemeint, das Wirthschaftsjahr, Kalenderjahr, Pachtjahr, oder das Jahr von dem Augeblick an, wo die Mängel sich hervorgethan haben?

a) Bornemann entscheidet sich mit der gewöhnlichen Praxis gegen Koch (vergl. Erg. Bd. 2. Ausg. 2. S. 711. sub c.) für das Wirthschaftsjahr auf Grund der ratio legis, nach welcher der ganze Komplex der in einem Wirthschaftsjahre entstandenen Forderungen und Gegenforderungen auch jedesmal beim Abschluß desselben festgestellt und berechnet werden solle. Die Rechtsverletzung, welche Koch für diese Auslegung annehme, sei nicht zu besorgen; denn nach §. 623 und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sei die Frage über die Rechtszeitigkeit des Abgangs nicht danach zu entscheiden, ob die Anzeige vor dem Ablaufe des Jahres zum Verpächter hingeschafft, sondern danach, ob sie bis dahin abgegangen.
(System. Ausg. 2. §. 294. Bd 4. S. 364.)

b) Das Geh. Ob. Trib. versteht in dem Plenar-Beschl. v. 28. Mai 1844 (Vergl. oben sub A. Nr. IV.) darunter das Pachtjahr: diese Annahme sei die einfachste und natürlichste, da die Abrechnung zwischen Pächter und Verpächter mit Ablauf jedes Pachtjahrs erfolgt. Das Geh. Ob. Trib. geht hierbei davon aus, daß das Pachtjahr mit dem Wirthschaftsjahre nicht übereinstimme, indem es nach Anleitung des §. 143. h. t. und in Vergleichung mit §. 199. Tit. 7. Thl. I. annimmt, daß letzteres mit dem ersten Juli beginne. (Entsch. Bd. 10. S. 42.)

Zweiundzwanzigster Titel.

Von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander.

Inst. II. 3. — Dig. Lib. VIII. — Cod. III. 34.

Literatur.

I. Gemeines Recht.

Klügel de different. jur. roman. et german., inprimis Sax., in materia de servitutibus. Viteb. 1794.

Seuffert civilistische Erörterungen, S. 70; und Abhandl. im civil. Archiv Bd. III. S. 318.

Zachariä wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des Röm. Rechts von den dinglichen Servituten; in Hugo civil. Magazin Bd. II. Nr. 15. S. 328 ff.

II. Preuß. Recht.

Koch Lehrb. §§. 338—350. Bd. I. S. 532 ff.

Bornemann Ausg. 2. §§. 295—297. Bd. 4. S. 365 ff.)

§. **14.** Ist durch §. **164** der Gemeinheits-Theil. O. v. **7.** Juni **1821** die Erwerbung der im §. **2** aufgeführten Servituten durch Verjährung vom Tage der Publikation der Gemh. Th. O. ab aufgehoben? (Vergl. Erg. Ausg. **2.** Bd. **2.** S. **726** sub V. **1.** a.)

Ueber die Gründe des Plen. Beschl. v. **9.** Dec. **1839** vergl. Entsch. Bd. **5.** S. **153** ff.

§. **15.** Muß der §. **15** auf die Bestellung der Servitut, oder auf den von dem angeblich Berechtigten bei behaupteter Erwerbung durch Verjährung zu führenden Beweis (auf den §. **13** oder nur auf den §. **14**) bezogen werden?

Koch bezieht den §. **15** auf beide Fälle der Erwerbung, durch Willenserklärung und Verjährung: für den erstern Fall enthalte §. **15**. eine Auslegungsregel. Wenn ferner zwar eine Willenserklärung vorhanden, aber eine formlose, so müsse der Begünstigte sich mit der Verjährung zur Erwerbung der ihm eingeräumten Befugniß helfen; kann er auch nicht einmal eine Erklärung (Einräumung) beweisen, so komme ihm die Anlage als Vermuthung zum Beweise, daß er den Rechtsbesitz animo ergriffen habe, zu Hülfe.

(Lehrb. §. 339. Bd. I. S. 535.)

§. **24.** Ist der §. **24** durch den §. **58** des Anh. mit aufgehoben?

Koch tritt der mitgetheilten bejahenden Ansicht des Geh. Ob. Trib. bei. (Lehrb. §. **339.** Bd. I. S. **534.**)

§§. **26—29.** Umfang und Schranken der Grundgerechtigkeiten.

1) Ueber die Frage, ob eine Abtrennung der Grundgerechtigkeit von dem Berechtigten Gute, und einseitige Uebertragung an eine Person statthaft? vergl. oben Suppl. zu L. R. I. **19.** §§. **22, 23.**

2) Gilt von Servituten überhaupt der dem Röm. R. entgegengesetzte (vergl. L. **5** i. f. D. de servit. praed. rustic. VIII. **3.**) allgemeine Grundsatz, daß der Umfang nicht unbedingt nach dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks zu bestimmen ist, vielmehr die Ausübung der Servitut die eigentliche Bestimmung des damit belasteten Grundstücks nicht hindern darf?

Das A. L. R. spricht zwar diesen Grundsatz nicht besonders aus, er ist jedoch durch die spätere Gesetzgebung als wirklich bestehend anerkannt worden, insbesondere durch Edict vom **14.** Sept. **1811.** §. **27:**

„In Absicht der Waldweide ist Unser Wille, daß dabei die allgemeine gesetzliche Vorschrift, nach welcher die Ausübung der Servituten die eigentliche Bestimmung der damit belasteten Grundstücke nicht hindern darf, zur vollen Anwendung kommen soll." Vergl. ferner Gemth. O. v. 7. Juni 1821, §. 166.

(Vergl. Koch Lehrbuch §. **338.** Bd. I. S. **534.**)

§. **36.** Diese Bestimmung beruht auf der Westphalschen Meinung über die streitige Auslegung der L. 6. §. 2. D. si servitus vindicetur, betreffend die servitus oneris ferendi, nach dessen interpret. jur. civ. de libertate et servit. praedior. Lips. **1773**, §§. **580.** u. **574.** Vergl. Glück Bd. X. S. **15** ff.

§. **43.** 1) Vergl. L. R. I. 4. §. 61.

2) Was ist unter dem Ausdruck: „geradezu unmöglich" zu verstehen?

a) Das Geh. Ob. Trib. hat in dem Nichtigkeits-Erk. v. 10. März 1837 angenommen, die Bedeutung dieser Worte ergebe sich durch den Gegensatz der bloßen Hinderung oder Erschwerung im §. 45. (Schles. Archiv Bd. I. S. 353 ff.)

b) Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 381.) hält den Gegensatz zu §. 44. für maaßgebend, so daß die neue Anlage so beschaffen sein müsse, daß daraus die Unmöglichkeit einer fernern Ausübung der Grundgerechtigkeit auf eine sofort in die Augen fallende Weise nothwendig folgt, und sich nicht erst in der Folge herausstellt.

3) Binnen welcher Frist muß der Widerspruch erhoben werden?

Bornemann hielt (System. Ausg. 1. Bd. 4. S. 575) den Widerspruch so lange für zulässig als res integra vorhanden, hat sich jedoch gegenwärtig (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 381) der (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 730) mitgetheilten Ansicht der Gesetzrevisoren angeschlossen.

§§. **43, 44.** Vergl. die Erg. zu L. R. I. 8. §§. 142, 143. Ausg. 2. Bd. 1. S. 422. sub Nr. 9.

§§. **46, 47.** Muß der Berechtigte sich die Aufhebung der Grundgerechtigkeit gegen Entschädigung gefallen lassen, wenn die Aufhebung zur bestimmungsmäßigen Benutzung des Grundstücks nothwendig ist?

Koch (Lehrbuch §. 341. Bd. I. S. 537.) bejaht auf Grund §. 27. Ed. v. 14. Sept. 1811. (Vergl. oben zu §§. 26—29.)

§. **49.** Ausnahme von der Regel L. R. I. 9. §. 511.

§§. **52—54.** v. Bülow, über Erlöschung der Dienstbarkeiten durch Consolidation; in dessen Abh. Thl. II. S. 109 ff.

Ueber die Wiederauflebung nach Röm. R. vergl. L. 18. D. de servit. (VIII. 1.); L. 7. pr. D. de fundo dotali (XXIII. 5.); L. 9. D. communia praed. (VIII. 4.)

§. **61.** Muß es in diesem §. „auf sein Dach nimmt" statt „unter sein Dach nimmt," heißen?

Koch (Lehrb. §. 342. Note 31. Bd. I. S. 538.) verneint. Er erklärt die entgegensetzte Ansicht der Gesetzrevisoren für ein Mißverständniß. „Unter der Traufe bleiben" bedeute nicht, das Gebäude solle nicht höher gebaut werden, als bis an die Dachtraufe; sondern das Grundstück des bauenden Nachbars müsse dem Tropffalle (unter der Traufe) ausgesetzt bleiben, und der Bau müsse so eingerichtet sein, daß die Dachtraufe unter das Dach (nicht auf das Dach), d. h. unter die eigene Dachtraufe des neuen Gebäudes falle, wenn es so nahe kommt.

§§. **68, 72, 79.** Vergl. Hagemann Landwirthschaftsrecht, §. 309.

§§. **77—79.** 1) Gemeinrechtlich ist über die Breite der Viehtreibe nichts bestimmt; man sieht auf die Größe der Heerden. Vergl. Hagemann a. a. O. §. 308.

2) Sind, wenn die Wegegerechtigkeit durch Verjährung erworben, diese §§., oder der Umfang des wirklich ausgeübten Besitzes maaßgebend?

Koch (Lehrb. §. 343. Nr. 4., Bd. I. S. 540.) nimmt letzteres an.

§§. **80—145.** Hütungsgerechtigkeit.

Strampffer, vom Hutrechte. Erlang. 1798.
Münter, das Weiderecht. Hannover 1804.
Hagemann Landwirthschaftsrechts, §§. 290—316.
v. Bülow und Hagemann Erörterungen III, n. 28; IV, n. 55—58.
Seuffert Beitrag zur Lehre vom Weiderechte. Würzburg 1822.
Koch Lehrbuch des Preuß. Privatrechts. §§. 344, 345.

Westpr. Prov. R. §. 14:

In Ansehung der Ausübung der Hütungsgerechtigkeit in den Schonungen bei der Waldhütung sowie des Holzungs- und Mastungsrechts, verbleibt es bei den Bestimmungen der Forstordnung v. 8. October 1805. (G. S. 1844 S. 106.)

§. **89.** Entscheidet eine gemeinrechtliche Controverse; vergl. Bülow u. Hagemann VI. S. 75, Glück Comment. X. §. 680, Seuffert Erört. S. 73.

§. **93.** Ueber die Berechnungsarten bei der Auseinandersetzung gemeinschaftlicher Hütungsinteressenten vergl. Gemeinh. Theil. Ordn. v. **7.** Juni **1821** §. **32** zu L. R. **II. 7.**

§. **98.** Entscheidet eine gemeinrechtliche Controverse. Vergl. Runde Beiträge **I. n. X.** S. **339.**

§§. **103—106.** 1) Entscheiden gemeinrechtliche Controversen. Vergl. das Nähere Koch Lehrb. §. **344** Note **14,** Bd. **I.** S. **542.**

2) Koch hält die mitgetheilte Auslegung des §. **51** der Gemh. Th. O. v. **7.** Juni **1821** (vergl. Ergänz. Ausg. **2.** Bd. **2.** S. **734** zu §§. **105** u. **106** No. **2**) für unrichtig, und ist der Ansicht, daß durch jenen §. **51** an den Grundsätzen der §§. **103—106** h. t. nichts geändert sei.

§§. **128—131.** In Betreff der in der Churmark geltenden Reihefolge vergl. Schäferordnung v. **1722,** Tit. **6.** §. **10.**

§§. **133—137.** Von der Koppelhütung.

Münter von der Koppelweide, in Hagemann u. Günther's Archiv IV.
Leyser Sp. 268.
Stryck de jure familiaritatis.
Kind Qu. III. c. 38.
Eckardt, an detur compascuum ex praesumt. quod sit familiaritas aut precar. revocabile. 1784.
Gründler, Polemik §. 208. S. 286.
Glück Comm. X. S. 185 ff.

§§. **146—169.** Von der Schäfereigerechtigkeit.

Hagemann Landwirthschaftsrecht Kap. 4. S. 584 ff.
Fischer Kammeral= und Pol. Recht, Bd. II. S. 705 ff.
Koch Lehrb. §§. 346. 347. Bd. I. S. 545 ff.

1) Westpr. Prov. R. §. **15:**

„Die Schäfereigerechtigkeit ist in der Regel nicht als ein Vorrecht der Gutsherrschaften anzusehen." (G. S. 1844 S. 106.)

2) Zum G. v. **1.** Juni **1820** (Ergänz. Ausg. **2.** Bd. **2.** S. **744**).

Ist die Löhnung eines gemeinschaftlich angenommenen Schäfers durch Vorviehhalten auch dann zulässig, wenn die Heerde nur von einem Theile der Gemeindemitglieder zusammengebracht ist?

Es bejaht das Min. d. J. in der Verf. v. **30.** Nov. **1844:** der §. **6** des G. v. **1.** Juni **1820** unterscheidet nicht, ob die Heerde von allen Gemeindemitgliedern oder nur von einem Theile derselben zusammengebracht ist. Der Grund dieser Vorschrift, daß nämlich bei einer von einzelnen Eigenthümern zusammengebrachten Heerde die Nachtheile des sonst verbotenen Vorviehhaltens der Schäfer doch nie ganz zu vermeiden, auch das Verbot sehr leicht umgangen werden könnte, sobald ein Gemeindemitglied mit dem Schäfer einverstanden ist, und des Letztern Vieh für das seinige ausgiebt — trifft bei jeder von mehreren Eigenthümern zusammengebrachten Heerde zu. (V. M. Bl. 1845 S. 43.)

§§. **187—196.** Mastungsrecht.

Diese Bestimmungen sind bei Umarbeitung des gedruckten Entwurfs entstanden, und, nach Suarez Aeußerung, zum größten Theile aus Stryck und Leyser entnommen (Ges. Revis. Pens. XIII. u. XIV. Mot. z. Tit. **22,** S. **215.**)

§§. **197—239.** Holzungsgerechtigkeit.

Malblank de jure lignandi. Tüb. 1811.
Hagemann Erört. V. S. 101, 111.
Koch Lehrb. §. 348. No. I. S. 554 ff.

§§. **208—210.** Koch (Lehrb. Bd. **I.** S. **555**) tritt den mitgetheilten Aussprüchen des Geh. Ob. Trib. bei (Vergl. Ergänz. Ausg. **2.** Bd. **2.** S. **732.**)

§. **213.** 1) Ist derjenige, dem als Grundgerechtigkeit der Anspruch auf Brennholz ohne nähere Modifikation zusteht, verbunden, sich seinen Bedarf vorzugsweise auf Raff= und Leseholz anzuweisen lassen?

In älteren Erbverschreibungen ist den bäuerlichen Wirthen verschiedentlich das Recht verliehen worden, das benöthigte Brennholz aus den Königl. Amtsforsten unentgeltlich zu entnehmen.

Da Fiskus in neuerer Zeit den Satz aufstellte, daß solche Brennholzberechtigte verbunden seien, sich ihren Bedarf vorzugsweise in Raff- und Leseholz anweisen zu lassen, so ist die Frage hierüber in mehreren Sachen streitig, und in den Entscheidungen zweifelhaft geworden.

In einer früheren Sache zwischen dem Forst-Fiskus und dem Magistrat zu O. führte der zweite Senat des Geh. Ob. Trib. in dem Urtel vom 3. März 1834 die Meinung aus, daß die Gemeine O. sich mit dem einzusammelnden Lager-, Raff- und Leseholz, — als der, dem Eigenthümer der Forst am mindest lästigen Ausübungsart — so lange und soweit begnügen müsse, als der Brennholzbedarf aus diesen geringern Holzarten entnommen werden könne, und daß diese Beschränkung in den gesetzlichen Vorschriften §§. 15, 18, 20, 24. Tit. 19. Thl. I. des A. L. R. gegründet sei.

Dagegen hat derselbe Senat in einem spätern Streitfalle dieser Art, namentlich der Wirthe zu K. wider den Forst-Fiskus, die Ansicht vorgezogen, und in dem Erk. v. 10. Sept. 1841 ausgesprochen, daß die bäuerlichen Wirthe zu K., denen in ihren Erbverschreibungen Brennholz ohne weitere Bestimmung versprochen worden, nicht verbunden seien, ihren Holzbedarf vorzugsweise mit Raff- und Leseholz zu befriedigen, weil das A. L. R. Thl. I. Tit. 22. §§. 213, 215, 217 Brennholz von Raff- und Leseholz unterscheide, und letzteres geringer im Werthe sei.

Es erfolgte wegen dieser Verschiedenheit in den Rechtsansichten am 22. Jan. 1844 eine Plenar-Berathung, in welcher der Plenar-Beschluß dahin gefaßt worden ist:

„daß derjenige, dem als Grundgerechtigkeit ein Anspruch auf Brennholz ohne weitere Modifikation zustehet, nicht verbunden sei, sich seinen Bedarf auf Raff- und Leseholz vorzugsweise anweisen zu lassen."

In den Gründen wird ausgeführt: Wenn auch das Raff- und Leseholz eine Art des Brennmaterials sei, welches unter den Gattungsbegriff des Brennholzes gehöre, so seien doch die Rechte dadurch auseinandergehalten, daß das unbedingte Recht zum Brennholz sich zu dem Rechte auf Raff- und Leseholz wie das Größere zum Mindern verhalte; derjenige, der das Recht zum Brennholz ohne Einschränkung besitzt, sei daher zwar befugt, auch schuldig, nebenbei zu seinem Holzbedürfniß das herumliegende trockene Holz, also Raff- und Leseholz zu verwenden und solches auf seine Holzberechtigung einzurechnen, weil es ebenfalls zum Brennen taugliches Holz ist; er könne aber nicht genöthigt und verpflichtet werden, sich darauf vorzugsweise verweisen zu lassen.

Diese verschiedene Natur der beiden Rechte, und daß namentlich das freie Brennholz Gegenstand eines besonderen größeren Rechts ist, erhelle aus §§. 213—219, 224 und argumento e contrario §. 231. Seien auch Grundgerechtigkeiten im zweifelhaften Falle (§. 26 h. t. und Tit. 19. Thl. I. L. R.) der strengen Auslegung unterworfen, so dürfe doch diese nicht das Wesentliche der gesetzlich unterschiedenen Berechtigungen aufheben. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet verlören die §§. 15, 18, 17, 20, 24. Tit. 19. a. a. O., auf welche die entgegengesetzte Ansicht sich stütze, den davon erwarteten Einfluß.

(Entscheid. Bd. 9. S. 36 ff., J. M. Bl. 1844 S. 109.)

2) Ist derjenige, dem als Grundgerechtigkeit der Anspruch auf Brennholz ohne nähere Modifikation zusteht, in dem Falle verbunden, sich seinen Bedarf vorzugsweise auf Raff- und Leseholz anweisen zu lassen, wenn das Recht sich weder auf Vertrag noch auf Verjährung gründet?

Es bejaht das Min. d. K. H. in der Circ. V. v. 12. Oct. 1844: der Plenarbeschluß v. 22. Jan. 1844 beziehe sich, wie aus dessen Gründen ersichtlich sei, nicht auf Brennholzservituten im Allgemeinen, sondern nur auf die durch Vertrag constituirten. Bei den durch Verjährung erworbenen werde nach dem Rechtssatze, quantum possessum, tantum praescriptum in jedem einzelnen Falle zu entscheiden sein, ob der Berechtigte sich vorzugsweise auf Raff- und Leseholz anweisen lassen müsse. In allen übrigen Fällen aber sei er dazu auf Grund der §§. 15 sqq. Tit. 19. Thl. I. A. L. R. verpflichtet, und erst wenn Raff-

und Leseholz nicht mehr ausreichend vorhanden, könne er auf bessere Sorten Anspruch machen. Hiernach soll in Zukunft in allen Königlichen Forsten verfahren werden[1]).
(Verw. M. Bl. 1844 S. 316.)

§§. 240—248. Andere Arten von Grundgerechtigkeiten.

§. 240. L. 5. §. 1. L. 6. pr. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.)

§§. 241. 242. de Gulich Disp. de jure scindendi cespites, Plaggen, in fundis communitatis. Goett. 1774.

§§. 243—246. Dig. XLIII. 18. Superficies.

Das Röm. R. kennt die Befugniß zur Benutzung der Oberfläche eines fremden Grundstücks nur als ein eigenthümliches selbstständiges Recht. Das A. L. R. stimmt dem Begriffe nach überein und auch in sofern, als nach dem A. L. R. die Superficies als ein selbstständiges Recht vorkommen kann. Dasselbe kann jedoch auch einem andern Grundstücke beigelegt und dadurch zu einer eigentlichen Grundgerechtigkeit werden. Dies ist dem Röm. R. fremd, und nur hierin liegt der Unterschied zwischen ihm und dem Pr. Rechte.

(Vergl. Koch Lehrb. §. 350. Bd. I. S. 559.)
Düroi im Archiv für civ. Praxis, VI. S. 386.
Dittmar de superficiei notione. Lips. 1810.

Dreiundzwanzigster Titel.

Von Zwangs- und Banngerechtigkeiten.

Koch, Lehrb. §§. 351—354, 389, 390, 395, 396. Bd. I. S. 560 ff. 631 ff. 648 ff.
Bornemann, System. Ausg. 2. §. 298. Bd. 4. S. 394.

Einleitung.

Durch die allg. Gewerbeordnung v. 17. Jan. 1845, G. S. 1845 S. 41 ff. (Vergl. zu L. R. II. 8) und das Entschädigungsgesetz zu derselben von demselben Tage, welche Gesetze für den ganzen Umfang der Monarchie maaßgebend, sind die Grundsätze dieses Titels und der zu demselben in den Ergänz. mitgetheilten spätern Verordnungen wesentlich abgeändert. Die dahin gehörenden allgemeinen Bestimmungen sind die folgenden.

A. Aufgehoben sind:

I. Das in einzelnen Landestheilen mit Gewerbeberechtigungen noch verbunden gewesene Recht, Andern den Betrieb eines Gewerbes zu untersagen, oder sie darin zu beschränken, (ausschließliche Gewerbeberechtigung) ohne Unterschied, ob die Berechtigung an einem Grundstücke haftet oder nicht, — mit Ausnahme der Abdeckereigerechtigkeiten und Fährgerechtigkeiten; (§§. 1, 7, 8. Gew. O.)

II. Alle Berechtigungen, Konzessionen zu gewerblichen Anlagen oder zum Betriebe von Gewerben zu ertheilen. (§. 2. Gew. O.)

III. Vorbehaltlich der durch das G. v. 30. Mai 1820 (vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 6. S. 229) eingeführten Gewerbesteuer alle Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden und die Berechtigungen, dergleichen Abgaben aufzulegen.

Ist jedoch mit der Gewerbeberechtigung das Recht zur Untersagung oder Beschränkung des Betriebes eines stehenden Gewerbes verbunden, so muß die darauf ruhende ganze Abgabe bis

---

[1]) Dadurch geht denn allerdings der von dem Plenarbeschl. zu erwarten gewesene Vortheil in Feststellung des Rechtsverhältnisses in praxi größtentheils verloren. Die Unterscheidung obiger E. Verf. ist sowohl dem Tenor als den Gründen des Plen. Beschl. geradezu entgegen. Letztere stützen sich hauptsächlich auf die gesetzliche Natur der Berechtigung; das Geh. Ob. Trib. sagt ausdrücklich a. a. O. S. 39 u. 40: „was nach hergebrachter Gewohnheit oder nach dem Sinne eines Vertrages gelten möchte, darauf kommt es hier nicht an, sondern allein, was nach richtiger Auslegung der einschlagenden Gesetze Rechtens ist.

zu dem Tage geleistet werden, an welchem der Betrieb dieses Gewerbes von einer Person begonnen wird, gegen die der Widerspruch hätte geltend gemacht werden können.

Die Frage, ob eine Abgabe die Natur einer Gewerbeabgabe hat, ist in allen Landestheilen nach der V. v. 19. Febr. 1832 (vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 4. S. 148) zu beurtheilen.

IV. Von den noch bestandenen Zwangs- und Bannrechten:

1) diejenigen, welche dem Fiskus, einer Kämmerei oder Gemeinde innerhalb ihres Kommunalbezirkes, oder einer Korporation von Gewerbetreibenden zustehen, oder von Einem dieser Berechtigten erst nach dem 31. Dec. 1836 auf einen Andern übertragen sind; (§. 4. No. 1 der Gew. O.)

2) Diejenigen, deren Aufhebung nach dem Inhalte der Verleihungsurkunde ohne Entschädigung zulässig ist; (§. 4. No. 2. der Gew. O.)

3) Sofern dadurch (ad 1 u. 2) die Aufhebung noch nicht eintritt, der Mahlzwang, der Branntweinzwang und der Brauzwang, sowie das städtischen Bäckern und Fleischern zugestandene Recht, die Einwohner der Stadt, der Vorstädte und der sogenannten Bannmeile zu zwingen, daß sie ihren Bedarf an Gebäck oder Fleisch ganz oder theilweise von jenen ausschließlich entnehmen, — jedoch nur dann, wenn das Zwangsrecht in diesen Fällen (sub 3) nicht auf einem Vertrage zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten beruht. (§. 4 No. 3 Gew. O.)[1])

B. Lokale Beschränkungen:

1) Die Beschränkung gewisser Gewerbe auf die Städte ist aufgehoben. (§. 12 Gew. O.)

2) Die durch die Steuergesetze in Beziehung auf die Lage der Betriebsstätte bestehenden Beschränkungen des Betriebes einzelner Gewerbe bleiben in Kraft. (§. 41 Gew. O.)

3) Einer besondern Beschränkung mit Rücksicht auf die örtliche Lage sind unterworfen die §§. 27 bis 40 Gew. O. aufgeführten gewerblichen Anlagen; vergl. auch §. 180.

C. Ablösung.

1) Diese steht den Verpflichteten, nicht den Berechtigten zu (vergl. §. 5 Gew. O. und §§. 34 und 52 des weiter unten sub D. No. III. mitgetheilten Entschädigungsgesetzes v. 17. Jan. 1845.)

a) hinsichts der nicht aufgehobenen Zwangs- und Bannrechte, sofern die Verpflichtung auf Grundbesitz haftet, oder die Mitglieder einer Korporation als solche trifft, oder Bewohnern eines Ortes oder Distriktes vermöge ihres Wohnsitzes obliegt;

b) dasselbe gilt vom Krugverlagsrechte; (§. 5 Gew. O.)

2) Die ausschließlichen Fährgerechtigkeiten können von den Ministerien abgelöst werden. (§. 7 Gew. O.)

D. Entschädigung der Aufhebung und Ablösung.

I. Hinsichts der schon vor der A. Gew. O. v. 17. Jan. 1845 aufgehobenen oder für ablösbar erklärten Berechtigungen kommen die bisherigen Vorschriften zur Anwendung, (§. 10 Gew. O.)

II. Hinsichts der ausschließlichen Fährgerechtigkeiten die Grundsätze des G. v. 16. Juni 1838 (Vergl. Ergänz. Ausg. 2. Bd. 6. S. 452.) §. 7 Gew. O.

III. Hinsichts der erst durch die A. Gew. O. aufgehobenen oder für ablösbar erklärten Berechtigungen gilt:

---

[1]) Ist ein nicht in die Kategorie sub 2 u. 3 gehöriges Zwangsrecht in dem Falle für aufgehoben zu erachten, wenn dem Fiskus oder einem der andern sub Nr. 1. genannten Rechtssubjekte nur ein Erbpachtsrecht an der betreffenden Zwangsberechtigung zusteht, oder wenn das Eigenthum der letztern zwischen dem Fiskus oder einem jener Rechtssubjekte und einer Privatperson getheilt ist?

Es verneinen die Ministerien der F. und des J. in der Verf. v. 27. Oct. 1845: der Aufhebungsgrund der Zwangsrechte in den Fällen §. 4. Nr. 1 der Gew. O. sei aus der Person der Berechtigten genommen. Dieser Aufhebungsgrund greife unter den in obiger Frage erwähnten Umständen nicht Platz, da nach denselben Fiskus u. s. w. nicht für sich, sondern nur in Gemeinschaft mit dem Privateigenthümer das berechtigte Subjekt bilde. (V. M. Bl. 1845. S. 316.)

das Entschädigungsgesetz zur allgemeinen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 (§. 10 Gew. O.):

„Wir Friedrich Wilhelm u. s. w. verordnen in Folge der am heutigen Tage erlassenen allgemeinen Gewerbe-Ordnung über die Entschädigung, welche für die dadurch aufgehobenen oder für ablösbar erklärten Berechtigungen zu gewähren ist, auf den Antrag Unsers Staatsministeriums, nach Anhörung Unserer getreuen Stände und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, was folgt:

I. Aufgehobene Berechtigungen. A. Allgemeine Bedingungen der Entschädigung.

§. 1. Für den Verlust der durch die allgemeine Gewerbe-Ordnung §§. 1—4 aufgehobenen Berechtigungen findet eine Entschädigung statt, wenn die Berechtigung zur Zeit der Publikation der Gewerbeordnung in rechtsgültiger Weise, für immer oder auf Zeit unwiderruflich bestanden.

§. 2. Ausnahmen hiervon (§. 1) treten ein:

1) wenn die Berechtigung zustand dem Fiskus, einer Kämmerei oder Gemeinde innerhalb ihres Kommunalbezirks, oder einer Korporation von Gewerbtreibenden, es mag solche geschlossen oder ungeschlossen sein;

2) wenn die Berechtigung von Einem der zu 1. bezeichneten Berechtigten erst nach dem 31. Dezember 1836 auf einen Andern übergegangen ist.

In allen diesen Fällen wird eine Entschädigung nicht gewährt.

§. 3. In dem im §. 2 zu 2. bezeichneten Falle kann der gegenwärtige Inhaber der Berechtigung sofort die Aufhebung des zwischen ihm und dem früheren Berechtigten bestehenden Vertragsverhältnisses verlangen; er muß aber dieses Verlangen vor Ablauf des Jahres 1845 gegen den früheren Berechtigten schriftlich erklären.

Wird von dieser Befugniß Gebrauch gemacht, so sind die rechtlichen Folgen der Aufhebung nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen. Ist jenes Verlangen innerhalb der obengedachten Frist dem früheren Berechtigten nicht erklärt worden, so müssen die für Ueberlassung der Berechtigung übernommenen Verpflichtungen ohne Abzug fortgesetzt erfüllt werden.

§. 4. Die Ansprüche auf Entschädigung für den Verlust der durch die allgemeine Gewerbeordnung §§. 1—4 aufgehobenen Berechtigungen müssen bis zum Schlusse des Jahres 1845 bei der Regierung schriftlich angemeldet werden.

§. 5. Eine Ausnahme hiervon (§. 4) findet statt in Ansehung derjenigen, nach §. 3 der Gewerbeordnung vorerst noch ferner zu leistenden Abgaben, welche auf Gewerbeberechtigungen ruhen, mit denen das Recht zur Untersagung oder Beschränkung des Betriebes eines stehenden Gewerbes verbunden war. Der Anspruch auf die Entschädigung für die Berechtigung zur Erhebung von Abgaben dieser Art muß bis zum Schlusse des Jahres 1849 bei der Regierung schriftlich angemeldet werden; kommt jedoch die Abgabe schon früher in Wegfall, so muß die Anmeldung binnen Jahresfrist nach dem Wegfall erfolgen.

§. 6. Werden die Entschädigungsansprüche innerhalb der in den §§. 4 und 5 bestimmten Fristen bei der Regierung nicht schriftlich angemeldet, so gehen die Berechtigten ihrer Ansprüche von selbst verlustig. Es können jedoch die §. 39 bezeichneten Interessen den Entschädigungsanspruch noch während einer anderweiten präklusivischen Frist von drei Monaten durch schriftliche Anmeldung bei der Regierung geltend machen. Auf einen nach Befriedigung dieser Interessenten etwa verbleibenden Ueberschuß kann aber der Berechtigte, welcher die Anmeldung versäumt hat, keinen Anspruch machen.

B. Ermittelung und Leistung der Entschädigung. 1) für ausschließliche Gewerbeberechtigungen. a) in Beziehung auf stehende Gewerbe.

§. 7. Als Maßstab der Entschädigung für die aufgehobenen ausschließlichen Gewerbeberechtigungen (§. 1 der allgemeinen Gewerbeordnung) gilt derjenige Werth, welchen die Berechtigung zur Zeit der Aufhebung gehabt hat. Der Werth wird für jede einzelne in einem Orte oder Distrikte vorkommende Gattung dieser Berechtigungen besonders ermittelt.

§. 8. Zum Anhalt bei dieser Ermittelung dient zunächst der Durchschnitt der Preise, welche bei Veräußerung gezahlt, bei Erbtheilungen angenommen, sowie bei Verpachtungen, den Pachtbetrag nach Abzug der Lasten zu Kapital berechnet, erlangt worden sind.

Dabei ist jedoch, wenn die Berechtigung in Verbindung mit Grundstücken, Geräthschaften oder anderen Gegenständen überlassen worden, der Werth dieser verschiedenen Gegenstände in Abzug zu bringen. In gleicher Weise ist, wenn die Gewerbeberechtigung als Realrecht fortdauert (§. 65 der Gewerbeordnung), zu berücksichtigen, welchen Werth dieselbe als Realrecht behält.

§. 9. Wenn in einem längeren Zeitraum keine Veräußerungen, Erbtheilungen oder Verpachtungen vorgekommen sind, oder wenn solche keinen genügenden Anhalt gewähren, so ist der Werth oder Reinertrag der aufgehobenen ausschließlichen Berechtigung mit Hülfe der Steuerregister oder auf andere Weise zu ermitteln. Dem Finanzministerium bleibt überlassen, wegen des Verfahrens bei diesen Ermittelungen Anweisung zu ertheilen.

§. 10. In allen Fällen, in welchen bei Feststellung der Entschädigung der Reinertrag zu Grunde gelegt wird, ist der fünfundzwanzigfache Betrag desselben als der Werth der Berechtigung anzusehen.

§. 11. Sobald die Entschädigungskapitalien feststehen, sind den Berechtigten hierüber auf deren Namen lautende Anerkenntnisse, und zwar in den Städten von der Kommunalbehörde, sonst aber von der Regierung zu ertheilen.

Diese Entschädigungsanerkenntnisse treten an die Stelle der aufgehobenen Berechtigungen und können, gleich diesen, vererbt und übertragen werden. Eine jede solche Vererbung oder Uebertragung muß derjenigen Behörde, welche das Anerkenntniß ausgestellt hat, nachgewiesen werden; ist dieß nicht geschehen, so ist die Behörde nicht verpflichtet, auf eine etwanige Veränderung in der Person des Eigenthümers Rücksicht zu nehmen. Die Veränderung in dem Eigenthume des Anerkenntnisses sind auf diesem von der Behörde zu vermerken.

§. 12. Den Inhabern der Entschädigungsanerkenntnisse soll, so lange sie das Gewerbe, auf welches die ausschließliche Berechtigung sich bezog, selbst oder durch einen Andern (Stellvertreter, Pächter u. s. w.) ausüben, das festgesetzte Entschädigungskapital bis zu seiner Tilgung mit drei Prozent jährlich verzinst werden. Diese Verzinsung beginnt jedoch erst mit dem Tage, an welchem der stehende Betrieb des Gewerbes, worauf die ausschließliche Berechtigung sich bezog, von einer Person begonnen wird, die nicht im Besitze eines Entschädigungsanerkenntnisses sich befindet. Die Verzinsung wird wieder eingestellt, sobald das Gewerbe von einer solchen Person nicht mehr betrieben wird.

§. 13. Die Zinsen sämmtlicher Entschädigungskapitalien für aufgehobene Berechtigungen der nämlichen Gattung sind, soweit solche nach §. 12 entrichtet werden müssen, von allen denjenigen aufzubringen, welche innerhalb des Orts oder Distrikts das Gewerbe, worauf die ausschließliche Berechtigung sich bezog, als ein stehendes selbstständig betreiben, ohne Unterschied, ob sie sich im Besitze eines Entschädigungsanerkenntnisses befinden oder nicht.

Die allmälige Tilgung der Entschädigungsanerkenntnisse (§§. 16 u. flg.) hat auf den Betrag der aufzubringenden Zinsen keinen Einfluß, vielmehr sind für die getilgten Anerkenntnisse die Zinsen ferner aufzubringen und an den Tilgungsfonds (§. 17) zu zahlen.

§. 14. Die Beiträge zu den Zinsen sind von der Behörde (§. 55) nach dem Umfange des Gewerbebetriebs der zur Aufbringung Verpflichteten (§. 13) dergestalt zu veranlagen, daß kein Gewerbetreibender außer Nahrungsstand kommt. Die Ministerien des Innern und der Finanzen sind ermächtigt, wo sie es für angemessen erachten, ein Maximum der von den Gewerbetreibenden zur Verzinsung der Entschädigungskapitalien zu leistenden Beiträge mit Rücksicht auf die Gewerbesteuer festzusetzen.

Die Inhaber von Entschädigungsanerkenntnissen können die ihnen gebührenden Zinsen auf die von ihnen zu leistenden Beiträge abrechnen.

§. 16. Zur Bezahlung der Entschädigungskapitalien sind verpflichtet:

1) diejenigen, welche das Gewerbe, worauf die ausschließliche Berechtigung sich bezog, als ein stehendes selbstständig betreiben, jedoch mit Ausnahme derer, welche sich im Besitze eines Entschädigungsanerkenntnisses (§. 11) befinden;
2) die Gemeinde oder der Distrikt, wo die ausschließliche Gewerbeberechtigung bestand.

§. 17. Für jede einzelne Gattung von Berechtigungen soll in jedem Orte oder Distrikte ein besonderer Tilgungsfonds gebildet werden. Zu demselben fließen:

a) die Beiträge der im §. 16 zu 1 gedachten Gewerbetreibenden;
b) die Beiträge der betheiligten Gemeinde oder des betheiligten Distrikts (§. 16 zu 2),
c) die bei Erhebung der Zinsen sich ergebenden Ueberschüsse (§§. 13 u. 15),
d) die, nach Befriedigung der im §. 39 bezeichneten Interessenten, im Falle des §. 6 verbleibenden Entschädigungskapitalien,
e) die bei Auflösung einer Innung nach §. 99 der allgemeinen Gewerbeordnung für diesen Zweck etwa verbleibenden Vermögensüberschüsse.

§. 18. Als Regel wird festgesetzt, daß zum Tilgungsfonds

1) jeder beitragspflichtige Gewerbetreibende die Hälfte derjenigen Summe welche er nach §. 14 zu den Zinsen beitragen muß;
2) die betheiligte Gemeinde oder der betheiligte Distrikt, wenn nicht freiwillig höhere Beiträge übernommen werden, ein Prozent des Gesammtbetrages der Entschädigungskapitalien alljährlich aufzubringen hat.

Eine Ermäßigung des zu 2 bestimmten Beitrags ist nur aus erheblichen Gründen, unter Genehmigung der Ministerien des Innern und der Finanzen, zulässig.

§. 19. Ist die Entschädigung von mehreren Ortschaften aufzubringen, so wird das Beitragsverhältniß, unter Berücksichtigung der größeren oder geringeren Vortheile, welche aus der Aufhebung der ausschließlichen Gewerbeberechtigung für die Betheiligten entstehen, von der Regierung, mit Vorbehalt des Rekurses an die Ministerien des Innern und der Finanzen festgesetzt.

§. 20. Sobald die Entschädigungskapitalien festgestellt sind, beginnt deren Tilgung. Die Beiträge der Gemeinde oder des Distrikts (§. 18 zu 2) sind bis zur vollendeten Tilgung unverändert nach dem Gesammtbetrage der Entschädigungskapitalien zu entrichten. Die Beiträge der Gewerbetreibenden (§. 18

zu 1) sind von dem Tage an, mit welchem die Verzinsung der Entschädigungskapitalien beginnt, zu zahlen, jedoch nur so lange, als die Verzinsung fortdauert. (§. 12.)

§. 21. Die Berichtigung der Entschädigungskapitalien erfolgt allmälig nach Maßgabe der Kräfte des Tilgungsfonds. Finden sich Inhaber von Entschädigungsanerkenntnissen bereit, solche unter dem Nennwerthe an den Tilgungsfonds abzutreten, so wird zunächst der Mindestforderude befriedigt; außer diesem Falle wird die Reihefolge durch das Loos bestimmt.

§. 22. Für diejenigen ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, welche entweder nur auf Lebenszeit des Berechtigten, oder nur auf einen nach Jahren oder deren Theilen bestimmten Zeitraum verliehen waren, wird als Entschädigung eine nach dem durchschnittlichen Reinertrage (§§. 8. 9.) zu ermittelnde Rente bis zum Ablauf der Zeit gewährt, auf welche die Berechtigung verliehen war. Diese Entschädigungsrente, über welche dem Berechtigten ein Anerkenntniß nach Vorschrift des §. 11 ertheilt wird, ist jedoch nur unter eben den Voraussetzungen zu zahlen, unter welchen nach §. 12 die Entschädigungskapitalien verzinst werden.

Die Rente wird von den im §. 13 bezeichneten Gewerbtreibenden, sowie von der Gemeinde oder dem Distrikte, wo die ausschließliche Berechtigung bestand, gemeinschaftlich aufgebracht, und zwar von den Gewerbetreibenden zu drei Viertheilen, von der Gemeinde oder dem Distrikte zu einem Viertheile.

Den Betheiligten bleibt überlassen, sich über die Ablösung der Rente durch Kapitalzahlung gültig zu einigen, welcher von dem Berechtigten nicht widersprochen werden kann, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag der Rente gewährt wird.

b) In Beziehung auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen.

Für ausschließliche Berechtigungen, welche auf den Gewerbetrieb im Umherziehen sich beziehen, wird keine andere Entschädigung gewährt, als der Erlaß der für diese Berechtigungen etwa zu entrichtenden Abgaben und Leistungen. Ist jedoch bei Erwerbung der Berechtigung von dem Inhaber eine Leistung ein- für allemal entrichtet worden, so wird für diese ein verhältnißmäßiger Ersatz aus der Staatskasse gewährt.

Diese Entschädigung für den Wegfall der Abgaben und Leistungen wird demjenigen, welcher zu der Hebung berechtigt war, nach Vorschrift der §§. 25 bis 27 gewährt.

c) Im Falle der Verbindung mit Zwangs- und Bannrechten.

§. 24. Die Inhaber ausschließlicher Berechtigungen zum Brauen, Backen und Schlachten in den Städten sind auch in dem Falle, wenn mit diesen Berechtigungen zugleich ein Zwangs- und Bannrecht verbunden war, lediglich nach den Bestimmungen der §§. 7 bis 23 zu entschädigen, und zwar ohne Unterschied, ob sich das Zwangs- und Bannrecht über den der ausschließlichen Berechtigung unterworfenen Bezirk hinaus erstreckte oder nicht.

Ist mit ausschließlichen Gewerbeberechtigungen anderer Art ein durch die §§. 4 und 5 der allgemeinen Gewerbeordnung aufgehobenes oder für ablösbar erklärtes Zwangs- und Bannrecht verbunden, so wird die Entschädigung lediglich nach den Vorschriften der §§. 29 bis 36 des gegenwärtigen Gesetzes gewährt.

2) Für Berechtigungen, Konzessionen zu gewerblichen Anlagen oder zum Betriebe von Gewerben zu ertheilen oder Abgaben vom Gewerbebetriebe zu erheben.

§. 25. Die Entschädigung für die Aufhebung der Berechtigung, Konzession zu gewerblichen Anlagen oder zum Betriebe von Gewerben zu ertheilen (§. 2 der allgemeinen Gewerbeordnung), sowie für die Aufhebung der Berechtigung, Abgaben vom Gewerbebetrieb zu erheben oder dergleichen Abgaben aufzulegen (§. 3 der allgemeinen Gewerbeordnung), ist nach dem Betrage der reinen Nutzungen festzustellen, welche der Berechtigte davon erweislich in den Jahren 1817 bis 1836 einschließlich im Durchschnitt bezogen hat. Hierbei kommen jedoch Kapitalbeträge, welche dem Berechtigten für die Verleihung vererblicher und veräußerlicher Gewerbeberechtigungen bezahlt worden sind, nicht in Betracht.

§. 26. Der nach §. 25 festgestellte durchschnittliche Reinertrag ist dem Berechtigten als eine jährliche Rente zu gewähren, welche durch Zahlung des fünfundzwanzigfachen Betrages jederzeit abgelöst werden kann.

§. 27. Diese Rente (§. 26) wird, soweit nicht der §. 28 eine Ausnahme enthält, vom Tage der Verkündigung der Gewerbeordnung an geleistet und aus der Staatskasse gewährt.

§. 28. Für solche Abgaben, welche auf Gewerberechtigungen ruhen, mit denen das Recht zur Untersagung oder Beschränkung des Betriebes eines stehenden Gewerbes verbunden war, wird die Entschädigungsrente (§. 26) erst von dem Tage des Wegfalls der Abgaben (§. 3 der allgemeinen Gewerbeordnung) an geleistet und von den im §. 13 bezeichneten Gewerbtreibenden, sowie von der Gemeinde oder dem Distrikte, wo die ausschließliche Gewerbeberechtigung bestand, gemeinschaftlich aufgebracht.

In Ermangelung einer gütlichen Einigung wird das Beitragsverhältniß nach Vorschrift des §. 19 festgesetzt. Dabei ist zugleich Anordnung zu treffen, wie die Entschädigungsrenten, worüber nach §. 11 den Berechtigten Anerkenntnisse ertheilt werden, ohne erhebliche Belästigung der Betheiligten in kürzester Zeit zu tilgen sind.

3) Für die aufgehobenen Zwangs- und Bannrechte, und zwar: a) für den Mahlzwang.

§. 29. Zur Feststellung der Entschädigung für den aufgehobenen Mahlzwang (§. 4 zu 3 der allgemeinen Gewerbeordnung) hat zuvörderst der Berechtigte den Umfang seines Zwangsbezirkes der Regierung nachzuweisen. Sodann ist die Einwohnerzahl dieses Zwangsbezirkes nach den letzten, vor Publikation der allgemeinen Gewerbeordnung aufgenommenen statistischen Tabellen zu ermitteln und der durch die Aufhebung des Mahlzwangs für den Berechtigten entstehende Verlust zu einer halben Metze Roggen für jeden Kopf dieser Einwohnerzahl anzunehmen. Das hiernach sich ergebende Roggenquantum ist nach dem Durchschnitte der Marktpreise der nächsten Marktstadt aus den Jahren 1815 bis 1844 als Jahresrente in Gelde zu berechnen, deren fünfundzwanzigfacher Betrag die Normalentschädigung bildet.

§. 30. Die nach §. 29 angelegte Berechnung ist durch den Landrath dem Berechtigten vorzulegen. Dieser hat binnen drei Monaten, vom Tage der Vorlegung an, dem Landrathe schriftlich oder zum Protokoll zu erklären, ob er die Berechnung als richtig anerkennt und sich mit der ihm danach zukommenden Normalentschädigung unter Verzichtleistung auf alle weitere Ansprüche begnügen will. Erklärt der Berechtigte innerhalb dieser Frist unter Verzichtleistung auf alle weiteren Ansprüche zur Annahme der Normalentschädigung sich bereit, so ist ihm solche sofort aus der Staatskasse auszuzahlen. Giebt derselbe innerhalb der gedachten Frist keine Erklärung ab, so wird angenommen, daß er die Berechnung als richtig anerkenne und unter Verzichtleistung auf alle weiteren Ansprüche die Normalentschädigung annehme, welche demnächst gleichfalls sofort auszuzahlen ist.

§. 31. Erklärt der Berechtigte vor Ablauf der dreimonatlichen Frist (§. 30), mit der Normalentschädigung unter Verzichtleistung auf alle weiteren Ansprüche sich nicht begnügen zu wollen, so bleibt ihm überlassen, den durch die Aufhebung des Mahlzwanges verursachten Verlust nachzuweisen. Dieser Beweis muß jedoch bei Verlust des Entschädigungsanspruches innerhalb eines Jahres nach Ablauf der dreimonatlichen Frist (§. 30) angerechnet, angetreten werden. Ein Berechtigter, welcher die Normalentschädigung einmal abgelehnt hat, kann auf dieselbe niemals zurückgehen, sondern immer nur Ersatz des wirklich erwiesenen Verlustes fordern.

Zur Feststellung dieses Verlustes (§. 31) ist der Ertrag des Zwangsrechtes, abgesondert von den dabei benutzten Grundstücken, Bauwerken und Utensilien, und abgesehen von demjenigen Fabrikationsgewinne, welcher auch ohne das Vorhandensein dieses Rechtes erlangt werden kann, genau zu ermitteln, und dabei nach den in den §§. 8 und 9 gegebenen Vorschriften zu verfahren. Der danach sich ergebende Verlust ist aus der Staatskasse durch eine jährliche Rente zu vergüten, welche durch Zahlung des fünfundzwanzigfachen Betrages jederzeit abgelöst werden kann.

b) Für den Branntweinzwang, den Brauzwang und die Zwangs- und Bannrechte der städtischen Bäcker und Fleischer.

§. 33. Die Entschädigung für die Aufhebung des Branntweinzwanges (§. 4 zu 3 der allgemeinen Gewerbeordnung) ist nach den Grundsätzen des §. 32 zu ermitteln und aus der Staatskasse zu leisten.

Ein Gleiches gilt von der Entschädigung für die Aufhebung des Brauzwangsrechtes, sowie des städtischen Bäckern und Brauern zustehenden Rechtes, die Einwohner der Stadt, der Vorstädte oder der sogenannten Bannmeile zu zwingen, daß sie ihren Bedarf an Gebäck oder Fleisch ganz oder theilweise von jenen ausschließlich entnehmen (§. 4 zu 3 der allgemeinen Gewerbeordnung), sofern diese Zwangsrechte nicht zugleich mit ausschließlichen Gewerbeberechtigungen verbunden waren und demzufolge nach §. 24 den Bestimmungen der §§. 7 bis 23 unterliegen.

II. Ablösbare Berechtigungen.

§. 34. Die im §. 5 der allgemeinen Gewerbeordnung ausgesprochene Befugniß zur Ablösung solcher Zwangs- und Bannrechte, welche nicht durch die Bestimmungen des §. 4 desselben Gesetzes aufgehoben sind, steht, wenn die Verpflichtung auf Grundbesitz haftet, jedoch nicht alle zu einer Gemeinde gehörenden Besitzungen umfaßt, einem jeden einzelnen Verpflichteten zu. Ruht die Verpflichtung in der Art auf Grundbesitz, daß sie alle zu einer Gemeinde gehörenden Besitzungen umfaßt, so kann nur die Gemeinde auf Ablösung antragen.

Sind dem Zwangs- und Bannrechte die Mitglieder einer Korporation als solche unterworfen, so ist nur die Korporation in ihrer Gesammtheit zur Ablösung desselben befugt. Sind Bewohner eines Ortes oder Distriktes vermöge ihres Wohnsitzes dem Zwangs- und Bannrechte unterworfen, so können nicht die einzelnen Pflichtigen, sondern nur die Gemeinden, von diesen jedoch jede Gemeinde für sich, auf Ablösung antragen. Enthält der Zwangs- und Bannbezirk Grundstücke, welche nicht zum Gemeindeverbande gehören, so sind die einzelnen Besitzer dieser Grundstücke, unabhängig von den Gemeinden, zur Ablösung befugt.

§. 35. Wird auf Ablösung eines solchen Zwangs- und Bannrechts (§. 34) angetragen, so ist dessen jährlicher Ertrag nach den im §. 32 vorgeschriebenen Grundsätzen zu ermitteln und die Entschädigung auf eine diesem Ertrage gleichkommende jährliche Rente festzusetzen. Ueber die von jedem Ablösenden zu entrichtende Rente wird dem Berechtigten nach §. 11 ein Anerkenntniß ertheilt.

§. 36. Die Entschädigung ist von den Zwangs- und Bannpflichtigen aufzubringen. Müssen dazu mehrere Ortschaften beitragen, so wird das Beitragsverhältniß der Gemeinden, so wie der etwa außer

einem Gemeindeverbande befindlichen Grundbesitzer von der Regierung mit Vorbehalt des Rekurses an die Ministerien des Innern und der Finanzen, festgesetzt. Der Zeitpunkt, von welchem an die Rente zu zahlen ist, wird durch die Regierung bestimmt, sofern nicht die Betheiligten sich darüber einigen. Mit diesem Zeitpunkte hört die Zwangs- und Bannpflicht auf. — Die Entschädigungsrente kann durch Zahlung des fünfundzwanzigfachen Betrages zu jeder Zeit abgelöst werden, und der Berechtigte muß sich die Ablösung auch in Stückzahlungen, jedoch nicht unter 100 Rthlr., gefallen lassen.

III. Allgemeine Bestimmungen.

§. 37. Die Verhandlungen wegen Feststellung der Entschädigungsansprüche, sowie der als Entschädigung zu gewährenden Kapitalien und Renten erfolgen durch einen Kommissarius der Regierung.

§. 38. Bei diesen Verhandlungen (§. 37) sind, wenn das Eigenthum und das Nutzungsrecht an einem berechtigten oder verpflichteten Grundstücke verschiedenen Personen zusteht, dieselben sämmtlich zuzuziehen. Zu den Nutzungsberechtigten sind die Pächter hier nicht zu rechnen.

§. 39. Ober-Eigenthümer, Lehnsherren, Lehns- und Fideikommißfolger, Wiederkaufsberechtigte, Hypothekengläubiger und andere Realberechtigte sind nicht von Amtswegen zuzuziehen; denselben steht aber frei, bei dem Verfahren sich zu melden, und ihre Gerechtsame wahrzunehmen.

§. 40. Dem Obereigenthümer, Lehnsherrn oder Wiederkaufsberechtigten, desgleichen den beiden nächsten Fideikommißanwärtern, sowie bei Lehnen, falls der Besitzer keine lehnsfähige Descendenz hat, den beiden nächsten Agnaten, ist, sofern sie bekannt sind, von der Einleitung des Verfahrens besonders Nachricht zu geben; sind dieselben nicht bekannt, oder findet der Kommissarius (§. 37) sonst Anlaß, so ist von diesem durch öffentliche Bekanntmachung ein Termin zu bestimmen, bis zu welchem die Betheiligten sich melden können. Dieser Termin ist auf sechs Wochen hinauszusetzen und durch das Amtsblatt zwei Mal von drei zu drei Wochen bekannt zu machen.

Diejenigen, welche sich nicht melden, sind mit Einwendungen gegen die Verhandlungen nicht weiter zu hören.

§. 41. In denjenigen Fällen, in welchen die Entschädigung aus der Staatskasse gewährt wird (§§. 23, 27, 29, 32, 33) ist zur Wahrnehmung des fiskalischen Interesses ein Anwalt zu bestellen.

In andern Fällen ist, insoweit die aufgehobene Berechtigung auf eine ganze Ortschaft sich erstreckte, bei der Instruktion anstatt der Pflichtigen die Kommunalbehörde zuzuziehen, welche für die Verhandlungen einen Vertreter zu bestellen hat. Sind mehrere Ortschaften betheiligt, so haben die Kommunalbehörden über einen gemeinschaftlichen Vertreter sich zu einigen; sollte diese Einigung binnen einer Frist von sechs Wochen nach ergangener Aufforderung nicht erfolgen, so ist die Regierung befugt, einen solchen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen.

§. 42. Die vollständige Erörterung der Sache darf auch dann nicht unterbleiben, wenn die Ansprüche der Berechtigten von der Kommunalbehörde der betheiligten Gemeinde anerkannt werden.

§. 43. Wenn darüber, ob eine Berechtigung zur Zeit der Publikation der allgemeinen Gewerbeordnung rechtsgültiger Weise unwiderruflich bestand, oder über den Umfang der Berechtigung Streit entsteht, so hat das Plenum der Regierung durch ein mit Gründen auszufertigendes Resultat zu entscheiden.

Gegen dieses Resultat steht binnen einer präklusivischen Frist von sechs Wochen nach Eröffnung desselben jedem der Betheiligten der Rekurs an das Finanzministerium oder die Berufung auf rechtliches Gehör offen.

§. 44. Was die nach §. 41 bestellten Vertreter bei dem Verfahren im Verwaltungs- oder im Rechtswege erklären, oder was darin gegen dieselben entschieden wird, hat für alle gegenwärtige und künftige Einwohner der betheiligten Ortschaften bindende Kraft, ohne Unterschied, ob sie Gewerbtreibende sind oder nicht.

§. 45. Bis zur erfolgten Feststellung der Berechtigung und ihres Umfangs ist das Verfahren wegen Ermittelung des Betrages der Entschädigung festzusetzen, insofern der Berechtigte nicht etwa die Einleitung oder Fortsetzung desselben auf seine Gefahr unter Vorschuß der Kosten erlangt.

Sobald aber der Entschädigungsanspruch an sich feststeht, ist auch der Betrag der Entschädigung zu ermitteln und festzustellen.

Diese Ermittelung und Feststellung wird in Ansehung der Normalentschädigung für den Mahlzwang nach Maßgabe der §§. 29 und 30 durch die Regierung bewirkt.

In andern Fällen sind dafür die Bestimmungen der §§. 46 bis 50 maßgebend.

§. 46. Die Ermittelung des Betrags der Entschädigung erfolgt durch den Kommissarius (§. 37) unter Zuziehung von zwei Beisitzern, von denen Einer durch den Berechtigten, der Andere durch die zur Entschädigung Verpflichteten oder deren Vertreter (§. 41) binnen einer vom Kommissarius zu bestimmenden Frist zu wählen ist; geschieht die Wahl binnen dieser Frist, so ernennt der Kommissarius die Beisitzer.

§. 47. Als Beisitzer wählbar ist jeder unbescholtene, in den Geschäften des bürgerlichen Lebens erfahrene Mann.

Die Beisitzer können nur Ersatz der Reise-, Zehrungs- und Versäumnißkosten verlangen.

§. 48. Die nach Vorschrift der §§. 46 und 47 gebildete Kommission hat die faktischen Verhältnisse, welche auf den Werth der aufgehobenen Berechtigung einwirkten, vollständig zu erörtern.

Bei dieser Erörterung sind alle gesetzliche Beweismittel, mit Ausnahme der Eidesdelation, sowie des nothwendigen Eides, zuläßig. Kommt es auf die Ermittelung des Reinertrages eines Gewerbes an, so sind die Feststellung desselben die Durchschnitte der Marktpreise der nächsten Marktstadt aus den Jahren 1815 bis 1814 zum Grunde zu legen.

Für solche Orte, wo bisher die Preise der Backwaaren, des Fleisches und des Bieres von den Berechtigten nicht willkührlich bestimmt werden durften, sondern Taxen dafür bestanden, oder Beschaffenheit der Waaren einer Kontrolle unterlag, können von dem Finanzministerium für den auf einen Zentner Mehl, Fleisch und Braumalz zu rechnenden reinen Gewinn gewisse Sätze bestimmt werden, welche bei der Abschätzung zwar ermäßigt, aber nicht überschritten werden dürfen.

§. 49. Abgaben und Leistungen, zu denen die Berechtigten in Beziehung auf die aufgehobene Berechtigung verpflichtet waren, sind bei Ermittelung des Werths oder des Reinertrages in Abrechnung zu bringen.

Sofern dergleichen Abgaben und Leistungen dem Fiskus oder einer Korporation von Gewerbetreibenden zustanden, oder an eine Kämmerei oder Gemeinde für eine innerhalb ihres Kommunalbezirkes bestehende Berechtigung zu entrichten waren, fallen dieselben hinweg, ohne daß dafür eine Entschädigung zu gewähren ist.

In andern Fällen wird die Entschädigung für den Wegfall der gedachten Abgaben und Leistungen demjenigen, welcher zu der Hebung berechtigt war, nach Vorschrift der §§. 25 bis 28 gewährt.

§. 50. Nach Beendigung der Instruktion reicht die Kommission die Verhandlungen mit ihrem Gutachten der Regierung ein, welche die zu gewährende Entschädigung durch einen Plenarbeschluß festsetzt.

Das nach diesem Beschluß mit Gründen abgefaßte Resolut wird den Betheiligten durch den Kommissarius (§. 37) in einem hierzu anzusetzenden Termine eröffnet und in einer vollständigen Ausfertigung ausgehändigt.

Jedem der Betheiligten steht gegen dieses Resolut mit Ausschluß des Rechtsweges nur der Rekurs an das Finanzministerium offen, welcher binnen einer präklusivischen Frist von sechs Wochen nach Eröffnung des Resoluts bei dem Kommissarius angemeldet werden muß. Das Rekursgesuch muß die Rechtfertigungsgründe der Beschwerde enthalten. Dasselbe wird dem Gegentheile zugefertigt, welcher seine Erwiederung binnen einer präklusivischen Frist von vier Wochen einzureichen hat.

Bei dem, was in der Rekursinstanz entschieden wird, behält es unabänderlich sein Bewenden.

§. 51. Das rechtskräftige Resultat der Regierung, sowie die Entscheidung des Finanzministeriums, hat die Wirkung eines rechtskräftigen Erkenntnisses.

§ 52. Die Ablösung eines Zwangs- und Bannrechts kann auch im Wege der freien Uebereinkunft, ohne Mitwirkung der Regierung, erfolgen. Doch sind sowohl die Berechtigten als die Verpflichteten befugt, die Prüfung und Bestätigung des Vertrages durch die Regierung zu verlangen. Der bestätigte Vertrag hat die im §. 51 festgesetzte Wirkung.

§. 53. Ueber die Verpflichtung, Beiträge zur Verzinsung und Tilgung der Entschädigungskapitalien (§§. 11 bis 20), sowie zur Zahlung oder Ablösung der Entschädigungsrenten (§§. 22, 28, 35, 36) zu leisten, entscheidet, mit Ausschluß des Rechtsweges in erster Instanz die Regierung und in zweiter Instanz das Finanzministerium.

§. 54. Streitigkeiten über die Ablösung der Entschädigungsrenten werden, mit Ausschluß des Rechtsweges, in erster Instanz durch die Regierung, und in zweiter Instanz durch das Finanzministerium entschieden.

§. 55. Die Einziehung und Verwaltung der im §. 53 gedachten Beiträge, imgleichen die Auszahlung der in den §§ 11 bis 21 erwähnten Entschädigungskapitalien und Zinsen, sowie der in den §§. 22, 28, 35, 36 bezeichneten Entschädigungsrenten und Ablösungskapitalien liegt in den Städten der Kommunalbehörde und auf dem Lande derjenigen Behörde ob, welche die Regierung dazu besonders bestimmen wird.

§. 56. Die Verzinsung der Entschädigungskapitalien (§. 12) und die Zahlung der Entschädigungsrenten (§§. 22, 26 bis 28, 32, 33, 35, 36) erfolgt jährlich postnumerando, wenn die Betheiligten sich nicht anders einigen.

§. 57. Wollen Gemeinden die im §. 55 gedachten Entschädigungskapitalien vorschußweise bezahlen, so behalten Wir Uns vor, dieses dadurch zu befördern, daß wir denselben gestatten, die erforderlichen Geldmittel gegen andere Obligationen, die auf jeden Inhaber lauten, aufzunehmen. Die Gemeinde tritt alsdann den Entschädigungsverpflichteten gegenüber an die Stelle der Berechtigten.

§. 58. Die für die aufgehobenen oder abgelösten Berechtigungen festgestellten Entschädigungen treten an die Stelle der bisherigen Berechtigungen. Waren dieses ein Zubehör eines in das Hypothekenbuch eingetragenen Grundstücks oder selbstständig in das Hypothekenbuch eingetragen, so muß die Berichtigung des Hypothekenbuchs von Amtswegen und kostenfrei erfolgen. Die Behörde hat vor Ausfertigung des Anerkenntnisses nicht nur die erforderlichen Anträge wegen Berichtigung des Hypothekenbuches zu machen, sondern auch in dem Anerkenntnisse ausdrücklich zu vermerken, daß die Zuläßigkeit der Verfügung über die Entschädigung nach dem Hypothekenbuche zu beurtheilen sei.

§. 59. War die aufgehobene oder abgelöste Berechtigung verpachtet, so muß der Verpächter dem Pächter während der Dauer der Pacht die Nutzung der für die Berechtigung gewährten Entschädigung

überlassen; wird für die aufgehobene Berechtigung eine Entschädigung überhaupt nicht gewährt, so kann der Pächter für den Wegfall der Berechtigung einen Ersatz nicht in Anspruch nehmen.

Will der Pächter sich mit der Nutzung der dem Berechtigten zu Theil werdenden Entschädigung nicht begnügen, oder wird diesem eine Entschädigung überhaupt nicht gewährt, so steht dem Pächter nur frei, sofort die Aufhebung der Pacht zu verlangen: er muß aber dieses Verlangen, falls es sich von einer aufgehobenen Berechtigung handelt, vor dem Ablaufe des Jahres 1845, und im Falle der Ablösung einer Berechtigung binnen sechs Monaten, nachdem ihm der festgestellte Betrag der Entschädigung bekannt gemacht worden, gegen den Berechtigten schriftlich erklären.

Wird von dieser Befugniß Gebrauch gemacht, so sind die rechtlichen Folgen der Aufhebung nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen. Ist jenes Verlangen innerhalb der oben bestimmten Frist dem Berechtigten nicht erklärt worden, so muß der Pächter die von ihm übernommenen Verpflichtungen ohne Abzug fortgesetzt erfüllen.

Urkundlich unter u. s. w. Friedrich Wilhelm.

(G. S. 1845 S. 79 ff.)

E. Die durch die Gew. O. aufgehobenen oder für ablösbar erklärten ausschließlichen Gewerbeberechtigungen und Zwangs- und Bannrechte können in Zukunft durch Verjährung nicht mehr erworben, durch Verträge oder andere Rechtstitel aber nicht auf einen längern als zehnjährigen Zeitraum begründet werden. Verabredungen, wodurch für den Fall der Nichterneuerung eine Entschädigung festgesetzt wird, sind nichtig. (§. 11 Gew. O.)

---

§§. 1—22. Zu Nr. I. (Erg. Ausg. 2. Bd. 2. S. 762—764.)

I. Zu §§. 16. 17. 31. des Ed. v. 2. Nov. 1810.

a) Die Kab. O. v. 19. April 1813, nach welcher es bei der Beurtheilung der Gültigkeit der die gesetzliche Gewerbefreiheit beschränkenden Verträge darauf ankommt, ob sie vor oder nach der Publikation des Gew. Steuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 errichtet sind, vergl. zu L. R. I. 4. §. 6. (Ausg. 2. Bd. 1. S. 170.)

b) Sind die vor Publikation des Gew. Steuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 errichteten, die Gewerbefreiheit beschränkenden oder hindernden Verträge für aufgehoben zu erachten?

1) Das Geh. Ob. Trib. hatte im Widerspruch mit einer frühern Entscheidung angenommen, daß nach den Vorschriften des Gewerbesteueredikts v. 2. Nov. 1810 alle die Gewerbefreiheit beschränkenden oder hindernden Verträge, ohne Unterschied, ob sie vor oder nach Erscheinung des Edikts geschlossen, als unverbindlich anzusehen seien, und hierin durch die K. O. v. 19. April 1813 nichts geändert sei.

Die hiernach streitige Rechtsfrage wurde durch den Plenarbeschluß v. 5. Dec. 1842 dahin entschieden:

daß nach der K. O. v. 19. April 1813 die vor Publikation des Edikts über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer v. 2. Nov. 1810 errichteten Verträge, wodurch die Gewerbefreiheit gehindert oder beschränkt wird, als aufgehoben nicht zu erachten.

In den Gründen wird ausgeführt: Speciell waren dergleichen Vertragsverhältnisse in dem Ed. v. 2. Nov. 1810 nicht erwähnt; die Beseitigung der durch dies Schweigen veranlaßten Zweifel, wie es mit solchen Verträgen zu halten, war Zweck der K. O. v. 19. April 1813. Sie stellt als Prinzip auf, daß zu unterscheiden die vor und die nach der Publikation des Edikts errichteten Verträge, und erklärt sodann die letztern für nichtig, ohne hinsichts der erstern zu disponiren, woraus zu schließen, daß diese aufrecht erhalten werden sollten.

(J. M. Bl. 1843 S. 84. Entsch. Bd. 8. S. 112 ff.)

2) Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 403) tritt bei.

c) Vergl. §. 11 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845, nach welchem die durch dieselbe aufgehobenen und für ablösbar erklärten Gewerbeberechtigungen oder Zwangs- und Bannrechte in Zukunft durch Verjährung nicht mehr, durch Vertrag und andere Rechtstitel nicht auf einen längern als zehnjährigen Zeitraum erworben werden können. (zu L. R. II. 8.)

II. Zu §. 16 des Ed. v. 2. Nov. 1810. Gewerbeschein.

Ueber die Bedingungen des Gewerbebetriebs vergl. Tit. 2 Gew. O. v. 17. Jan. 1845, §§. 14—75 (zu L. R. I. 8.)

III. Zu §. 30 des Ed. v. 2. Nov. 1810.

1) Die Vorschrift dieses §. ist für den ganzen Umfang der Monarchie generalisirt durch §. 3 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845; es treten jedoch rücksichtlich der erst durch die Gew. O. aufgehobenen Gewerbeabgaben die beiden Modifikationen ein, daß

a) wenn mit der Gewerbeberechtigung das Recht zur Untersagung oder Beschränkung des Betriebes eines stehenden Gewerbes verbunden ist, die darauf ruhende ganze Abgabe bis zu dem Tage geleistet werden muß, an welchem der Betrieb dieses Gewerbes von einer Person begonnen wird, gegen die der Widerspruch hätte geltend gemacht werden können, (§. 3 der Gew. O.)

b) daß eine Entschädigung der Aufhebung stattfindet. (§. 10 der Gew. O., §. 25 des Entschädigungsgesetzes zur Gew. O. v. 17. Jan. 1845).

2) Die Natur der aufgehobenen Gewerbeabgaben anlangend:

a) Vergl. §. 3 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845, nach welchem die K. O. v. 19. Febr. 1832 in allen Landestheilen zur Anwendung kommt.

b) Zur Interpretation der K. O. v. 19. Febr. 1832 stellt das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 24. Nov. 1843 folgende Sätze auf:

α) Abgaben, welche in den dieselben betreffenden Dokumenten als Gewerbe-Abgaben bezeichnet werden, sind durch das Ed. v. 2. Nov. 1810 in der Regel für aufgehoben zu achten, wenn auch das dafür verliehene Gewerberecht mit einem Grundstück verbunden ist.

β) Durch den Umstand, daß der Verpflichtete nach der durch die neuere Gesetzgebung erfolgten Aufhebung der Gewerbeabgaben, — eine solche, auch ohne Ausübung des verliehenen Gewerberechts, entrichtet oder anerkannt hat, wird die Anwendbarkeit des §. 1 der K. O. v. 19. Febr. 1832 auf dieselbe nicht begründet.

Es bemerkt hierüber: ad β: Eine neue Verpflichtung, zu welcher es an jedem Titel fehlen, und welche deshalb ohne rechtliche Wirkung sein würde, sei durch die Entrichtung oder das Anerkenntniß nicht übernommen; der ursprüngliche Rechtstitel aber sei, des Anerkenntnisses ungeachtet, rechtlich wirkungslos geworden. — ad α: Die Auslegung müsse sich gemäß L. R. I. 4. §. 65 nach der gewöhnlichen Wortbedeutung richten; die Behauptung, daß auf die Benennung nichts ankomme, erscheine nur ausnahmsweise da gerechtfertigt, wo erweislich die Interessenten mit einer Bezeichnung einen falschen Begriff verbunden haben. Daß das Gewerberecht mit dem Grundstück verbunden, rechtfertige nicht unbedingt anzunehmen, daß die Abgabe auf das Grundstück selbst gelegt ist. Vielmehr sei dann §. 3 der K. O. v. 19. Febr. 1832 anzuwenden. Denn war das Gut schon vor der Stipulation der Gewerbeabgabe Eigenthum des Gewerbeberechtigten, so liege keine Grundverleihung vor. Ist aber das Eigenthum des Guts ursprünglich, unter Vorbehalt des Zinses verliehen worden, so hat nach L. R. I. 18. §. 815 solcher Zins mit dem Erbzinse in der Regel gleiche Rechte. Sowie nun aber durch den unverschuldeten Verlust und Untergang desjenigen Theils oder Stücks des verliehenen Grundstücks, für welchen ein besonderer Zins vorbehalten worden, die Verpflichtung zur Fortentrichtung desselben ihre Endschaft erreicht (§. 770 l. c.); ebenso muß auch, nach allgemeinen Grundsätzen, schon durch den Verlust der Gewerbeberechtigung, wenn sie auch mit dem Grundstück verbunden war, der dafür stipulirte besondere Zins wegfallen. Diese Vorschrift ist also durch den §. 3 der Deklaration v. 19. Febr. 1832 auch auf den Fall ausgedehnt, wenn der Zins von dem ganzen Grundstück in Pausch und Bogen ungetrennt stipulirt worden, aber von gemischter Natur ist. (Entsch. Bd. 9. S. 376 ff.)

Von denselben Grundsätzen geht das Geh. Ob. Trib. in einem Revis. Erk. v. 18. Febr. 1842 aus. Vergl. Koch Schles. Archiv Bd. 5. S. 449 ff.

c) Begründen die §§. 1 u. 2 der Dekl. v. 19. Febr. 1832 die Rechtsvermuthung, daß jede mit Grundbesitz verbundene Abgabe, selbst wenn sie erweislich für die auf dem Grundstücke haftende Gewerbsberechtigung versprochen, dennoch eine Grundabgabe sei, wenn nicht dargethan wird, daß sie dann hat wegfallen sollen, wenn der Grundbesitzer das Gewerbe nicht ausübt?

α) Es bejaht ein nicht näher bezeichnetes App. Erk. (des Senats des O. L. G. zu Breslau): aus der Vermuthung des §. 2. sei zu entnehmen, daß der Verpflichtete den vollständigen Gegenbeweis führen müsse.

β) Es verneint das Geh. Ob. Trib. in dem das Urtel ad α vernichtenden Erk. v. 6. Mai 1844: Der §. 1. der Deklaration stelle keine Vermuthung auf, sondern verordne nur, daß Abgaben, welche auf einem zum Gewerbsbetriebe bestimmten Grundstücke haften, nicht wegfallen sollen, wenn sie auch dann zu entrichten gewesen sind, wenn das Gewerbe nicht betrieben worden; daß ein solches Verhältniß zu vermuthen, mithin der Gegenbeweis dagegen zu führen, sei sonach eine ungerechtfertigte Annahme. Nicht minder soll nach §. 2. der Deklaration gegen die gewerbliche Natur der Abgabe nicht unbedingt, sondern nur dann vermuthet werden, wenn nicht auszumitteln ist, welcher Natur sie sei. Steht daher thatsächlich fest, daß die Abgabe wirklich — ganz oder zum Theil — für die Berechtigung zum Betriebe des Gewerbes versprochen worden: so müsse auch, so weit dies der Fall, ihre Aufhebung ausgesprochen werden, ohne daß ein weiterer Nachweis darüber verlangt werden darf, daß sie nur dann habe entrichtet werden müssen, wenn der Grundbesitzer das Gewerbe ausgeübt habe.

(Koch, Schles. Archiv Bd. V. S. 445 ff.)

3) Gilt die Aufhebung der Gewerbeabgaben nur für die bei der ursprünglichen Verleihung der Gewerbsberechtigung, oder auch für die bei der spätern Uebertragung derselben vorbehaltenen Abgaben?

a) Ersteres nimmt an ein nicht näher bezeichnetes Obergericht (es ist der II. Senat des O. L. G. zu Breslau), weil Abgaben der letztern Entstehungsart nicht für die, kraft eines ursprünglichen Hoheitsrechtes gegebene Erlaubniß zum Gewerbebetriebe, sondern für die Veräußerung einer bereits auf diese Weise erworbenen Berechtigung, also nicht als eigentliche Abgaben, sondern als Theil des Kaufgeldes entrichtet werden und nicht dem zur Concessionsertheilung Berechtigten für die Concession, sondern dem nicht zur Concessionsertheilung berechtigten Inhaber der Concession für die Uebertragung derselben versprochen seien; eine solche Abgabe habe die Natur eines an die Stelle eines Theils des Kaufgeldes tretenden Grundzinses.

b) Für Letzteres entscheidet sich das Geh. Ob. Trib. in dem das Urtel ad a vernichtenden Erk. v. 6. Mai 1844: der §. 30 des Ed. v. 2. Nov. 1811 nenne allerdings nur die Königl. Kassen, die Kämmereien und Grundherren als solche, an welche Abgaben von den Gewerben bisher entrichtet worden. Dadurch sei indeß nicht ausgesprochen, daß solche Gewerbeabgaben, welche bisher an andere Empfangs-Berechtigte entrichtet worden, von der Aufhebung ausgeschlossen seien. Der Zwischensatz: „sie mögen entrichtet werden", biete vielmehr in der beispielsweisen Aufzählung möglicher Fälle nur eine Erläuterung des allgemeinen Vordersatzes dar, wonach alle bisherigen Abgaben für Gewerbeberechtigungen aufhören sollen; es sollte dabei nur angedeutet werden, daß es gleichgültig sei, an wen immer jene Abgaben bisher entrichtet worden. Die Annahme, daß die bei der spätern Uebertragung vorbehaltenen Abgaben nicht aufgehoben seien, widerspreche dem Zwecke des Ed. v. 2. Nov. 1810 — den Gewerbebetrieb nur von Entrichtung der Staatsgewerbesteuer abhängig zu machen, — und ebenso dem Rechtsgrunde des Gesetzes. Denn nach der frühern Gesetzgebung habe die Befugniß zum Betrieb gewisser Gewerbe nur durch Verleihung der Gutsherren oder durch weitere Uebertragung des verliehenen Rechts erworben werden können. Dem für das Eine oder Andere gegebenen Versprechen habe daher die Voraussetzung unterlegen, daß die verliehene oder übertragene Gewerbsbefugniß von dem Verleihenden oder Uebertragenden ohne andere Opfer gewährt werden würde. Diese Gewährsleistung sei dem Verleihenden oder Uebertragenden durch das Ed. v. 2. Nov. 1810 unmöglich gemacht, da nach demselben die Befugniß zum Gewerbebetrieb durch die Genehmigung des Staats und Entrichtung der Steuer bedingt. Eine nothwendige Folge hiervon sei die Aufhebung der für jene nicht mehr gewährungsmögliche Befugniß bisher entrichteter Abgaben. Dieser Rechtsgrund der Befreiung finde aber gleichmäßig Anwendung auf beiderlei Arten von Abgaben. —

(Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 438 ff.)

IV. Zum G. über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche vormals zu den französischen Departements eine Zeit lang gehört haben, v. 21. April 1845. (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 765. Nr. I. 5.)

Zu §. 70. Von den hiernach noch bestandenen Zwangs- und Bannrechten sind die im §. 4 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845 erwähnten aufgehoben (Vergl. die Einl. zu diesem Tit. sub A. Nr. III.). —

V. Zum G. wegen Aufhebung der Zwangs- und Bannrechte in der Provinz Posen, v. 13. Mai 1833. (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 765. Nr. I. 6.)

1) Zu §. 4. Vergl. Gew. O. v. 17. Jan. 1845. §§. 5 und 11, nach welchen durch Vertrag das Verlagsrecht nicht auf einen längeren als zehnjährigen Zeitraum begründet werden kann. (s. d. Einl. z. d. Titel sub E.

2) Zu §. 5. Diese Vorschrift ist aufgehoben durch §. 39 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845. (Vergl. zu L. R. II. 8.)

3) Zu §. 6. a) Vergl. die K. O. v. 7. Febr. 1835, (Ergänz. Ausg. 2, Bd. 2. S. 797) die K. O. v. 21. Juni 1844 und §. 55. Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (Supplem. zu §§. 53 bis 89 h. t.)

b) K. O. v. 18. Aug. 1843 (mitgetheilt durch die Verf. der Minist. der Just., der Fin. u. d. J. v. 12. Sept. 1843.)

Auf Ihren Bericht v. 16. v. M., bin Ich mit Ihnen einverstanden, daß der §. 6. des Gesetzes vom 13. Mai 1833 nicht nach dem Antrage der Provinzialstände des Großherzogthums Posen in der Petition v. 20. April 1841 dahin abgeändert werden kann, daß bei Anlegung einer neuen Schankstätte das zum Ausschanke und Krugverlage berechtigte Dominium nicht bloß mit seinen Einwendungen gehört, sondern solche auch nur dann erlaubt werde, wenn das Dominium dem nachgewiesenen Mangel selbst abzuhelfen nicht bereit sein sollte, indem eine Anordnung dieser Art zu einer Wiederherstellung der aufgehobenen ausschließlichen Schankgerechtigkeiten hinführen würde. Da jedoch bei dem Betriebe der Schankwirthschaft auf dem platten Lande die Interessen der Polizei mit denen der Dominien der Regel nach in einer für den Zweck förderlichen Weise zusammentreffen, wie dieses auch schon seither von der Verwaltung anerkannt worden, so will Ich, daß in den Fällen, in denen wegen besonderer Umstände die Anlegung einer neuen Schankstätte nothwendig gefunden wird, und das zum Ausschanke und Krugverlage berechtigte Dominium diesem Bedürfnisse selbst abzuhelfen bereit ist, demselben eine vorzugsweise Berücksichtigung zu Theil werden soll, ohne ihm jedoch einen Rechtsspruch hierauf einzuräumen. Auch trete Ich Ihrer Ansicht bei, daß Revisionen krugverlagspflichtiger Schankstätten unter polizeilichem Beistande mit der privatrechtlichen Natur der Krugs-Verhältnisse nicht vereinbar sind und in den Gesetzen keinen Anhalt finden; dem auf Gestattung solcher Revisionen gerichteten Antrage der genannten Provinzialstände kann daher keine Folge gegeben werden. Sie haben diesen Meinen Befehl durch die Amtsblätter des Großherzogthums Posen zur öffentlichen Kenntniß zu bringen, und die Behörden danach mit Anweisung zu versehen.

(V. M. Bl. 1843. S. 265)

4) Das R. v. 28. Febr. 1837 (Ausg. 2. S. 766 sub a.) ist antiquirt. Vergl. §. 39. Gew. O. v. 17 Jan. 1845. —

Zu Nr. II. Ed. v. 7. Sept. 1811 (Ergänz. Ausg. 2. S. 767—770.)

1) Zu §. 52. a) Wie ist der im §. 52 gebrauchte Ausdruck „bisherige Besitzer" zu verstehen?

Der II. Senat des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 27. Jan. 1841 und das Geh. Ob. Trib. in d. Erk. v. 20. April 1841 nehmen an, daß darunter nicht unbedingt die Gutsherrschaften, sondern diejenigen zu verstehen, welche zur Zeit der Publik. des Ed. v. 7. Sept. 1811 dieses Gewerbe im eigenen Namen trieben. (Koch schles. Archiv. Bd. 5. S. 256 ff.)

b) Vergl. §. 1 Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (zu L. R. II. 8.), nach welchem dies Recht, sofern es eine ausschließliche Gewerbeberechtigung, aufgehoben.

2) Zu §. 53. Nach §. 39 Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (vergl. zu L. R. II. 8.) ist der Nachweis eines Grundbesitzes zum Werthe von 15000 Rthlrn. nicht mehr erforderlich.

Hiernach ist derjenige Rechtszustand wieder hergestellt, welcher in der Zeit zwischen dem Edict v. 2. Nov. 1811 und dem Gesetze v. 7. Sept. 1811 bestand, d. h. die Polizeibehörde kann Jedem die Anlegung einer Brauerei und Brennerei gestatten, und daneben bestehen die vorhandenen Realberechtigungen zum Betriebe dieses Gewerbes, sofern sie nicht ausschließliche Gerechtigkeiten sind. (Vergl. oben Einl. sub A. 1., Gew. O. §§. 1, 64, 65).

3) Zu §. 54. Vergl. §§. 11 u. 5 Gew. O. v. 17. Jan. 1845, (zu L. R. II. 8. und Einl. z. d. Tit. sub C. u. E.) nach welchen das Verlagsrecht durch Verjährung überhaupt nicht mehr und durch Verträge nicht auf einen längern als zehnjährigen Zeitraum begründet werden kann, und auf den Antrag des Verpflichteten, nicht des Berechtigten, ablösbar ist.

4) Zu §. 55. Vergl. die K. O. v. 7. Febr. 1835 (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 797), die K. O. v. 21. Juni 1844 und §. 55 Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (Suppl. zu §§. 53 bis 89 h. t.)

5) Die R. v. 31. Juli 1823 und 10. Nov. 1820 (Ergänz. Ausg. 2. S. 767 sub a. und S. 768 sub b.) sind antiquirt. (Vergl. §. 39 Gew. O. v. 17. Jan. 1845 zu L. R. II. 8.)

Zu Nr. III. Die Real-Gewerbeberechtigungen. (Ergänz. Ausg. 2. S. 770 bis 777).

1) Vergl. die §§. 1, 64, 65 Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (zu L. R. II. 8.) nach welchen

a) die ausschließlichen Realgewerbeberechtigungen, da wo sie noch bestanden, aufgehoben sind, und

b) In Betreff der nicht ausschließlichen bestimmt ist, daß neue nicht mehr begründet, die bestehenden dagegen auf eine andere gesetzlich qualificirte Person in der Art übertragen werden können, daß der Erwerber die Gewerbeberechtigung für eigene Rechnung ausüben darf.

2) Vergl. §. 10 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (L. R. II. 8. und Einl. zu diesem Titel sub D.), nach welchem für die schon vor der Gew. O. für ablösbar erklärten Realgewerbeberechtigungen hinsichts der Bedingungen und der Art der Ablösung die bisherigen Vorschriften mithin die in den Ergänz. a. a. O. mitgetheilten Grundsätze, zur Anwendung kommen.

Zu Nr. IV. Die ausschließliche Berechtigung der Scharfrichter und Wasenmeister zur Ablederung des gefallenen Viehes. (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 777 bis 780.)

1) Vergl. §. 8. Gew. O. v. 17. Jan. 1845, (zu L. R. II. 8.), nach welchem die ausschließliche Berechtigung der Scharfrichter und Wasenmeister, da wo sie besteht in Kraft bleibt, ebenso die zur Zeit in den einzelnen Landestheilen über das Abdeckereiwesen geltenden Vorschriften, also die in den Ergänz. a. a. O. mitgetheilten, vorläufig bestehen bleiben.

2) Erforderliche Eigenschaften der Abdecker. Vergl. §§. 45, 46. Gew. O. vom 17. Jan. 1845; (zu L. R. II. 8.) nach welchen Abdecker sich über den Besitz der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch ein Befähigungs-Attest der Regierung ausweisen müssen. Die Art der Prüfung hängt von den Ministerien ab, welche auch von letzterer entbinden können.

3) Taxen. Vergl. §. 92 Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (zu L. R. II. 8.), nach welchem für Abdecker innerhalb der denselben angewiesenen Bezirke von der Ortspolizei-Obrigkeit, oder, wenn der Bezirk mehr als eine Ortschaft umfaßt, von dem Landrathe Taxen aufgestellt werden können. Wegen Ueberschreitung der Taxen vergl. §. 186 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (zu L. R. II. 8.)

4) Vergl. §§. 27, 28. der Gew. O. v. 17. Jan. 1845, nach welchem zur Anlage neuer Abdeckereien die Genehmigung der Regierung erforderlich. Ueber das dabei zu beobachtende Verfahren vergl. §§. 29—41. Gew. O.

Zu Nr. V. Die Zwangsbezirke der Schornsteinfeger. (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 780, 781.)

1) §. 56 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845:

„Die Kehrbezirke der Schornsteinfeger können nach dem Ermessen der Regierung nicht nur da, wo sie bisher bestanden, beibehalten, sondern auch da, wo sie bisher nicht bestanden, eingeführt, andrerseits aber auch aufgehoben und verändert werden, ohne daß deshalb den Bezirksschornsteinfegern ein Widerspruchsrecht oder ein Anspruch auf Entschädigung zusteht. Nur da wo Zwangsrechte bestehen, ist eine Aufhebung oder Beschränkung der diesen Rechten unterworfenen Kehrbezirke erst nach vorgängiger Ablösung der Zwangsrechte (§. 5.) zulässig." (G. S. 1845. S. 52.)

Ueber die Frage, in welchen Fällen die Ablösung zulässig, vergl. oben die Einl. zu diesem Titel sub C. No. 1. a.

2) In Betreff der erforderlichen Eigenschaften und der Taxen der Schornsteinfeger gilt

nach §§. 45, 46, 92 186 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845 dasselbe, was bei Abdeckern. (vergl. zu Nr. IV., 2 u. 3.)

3) Specielle administrative Anordnungen über die Einrichtung von Schornsteinfeger-Zwangs-Bezirken.

a) Instruction für die Bezirks-Schornsteinfeger im Regierungsbezirke Arnsberg vom 18. Febr. 1843. (B. M. Bl. 1843. S. 80.)

b) Verf. d. M. d. J. v. 30. Sept. 1843. Bei der Anordnung der Kehrbezirke ist darauf zu achten, daß die zu jedem Kehrbezirk gehörigen Ortschaften in angemessener Entfernung von dem Wohnorte des Meisters belegen sind, und daß jeder Bezirk einen Meister zu ernähren im Stande. (B. M. Bl. 1843. S. 287.)

c) C. Verf. v. 20. Sept. 1845. Die Regierungen sollen, ehe sie eine Entscheidung auf Grund des §. 6 d. Gew. O. v. 17. Jan. 1845 treffen, die Ortspolizei- und Kommunalbehörden mit ihrem Gutachten hören, und deren Anträgen, soweit nicht polizeiliche Rücksichten entgegenstehen, möglichst stattgeben. (B. M. Bl. 1845. S. 299.)

§§. 23—25. Vom Mühlenrechte.

I. Vergl. §. 4. der Gew. O. v. 17. Jan. 1845. (zu L. R. II. 8.) nach welchem der Mahlzwang auch in denjenigen Landestheilen, wo er bisher noch bestand, aufgehoben ist. — Ueber die Feststellung der für diese Aufhebung zu gewährenden Entschädigung vergl. das Entschädigungs-Ges. v. 17. Jan. 1845. §§. 29—32 (s. oben die Einl. sub D. No. III.)

II. Ueber die Erforderniſſe der Anlegung neuer Mühlen, und das dabei zu beobachtende Verfahren vergl. die Erg. und Suppl. zu L. R. II. 15. Abschn. 5.

III. Sind in Folge der Aufhebung des Mühlenzwanges diejenigen Abgaben weggefallen, welche für eine frühere Aufhebung durch Vertrag konstituirt werden?

Bornemann (System. Ausg. 2. Bd. 4. S. 400) verneint, der (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 793. sub 9) mitgetheilten Ausführung des Geh. Ob. Trib. beitretend.

§§. 53—89. Von der Brau- und Schankgerechtigkeit, Ausschank und Krugverlag.

Koch Lehrb. §§. 397. 398. Bd. 1. S. 652 ff.

I. Vergl. §. 4. der Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (zu L. R. II. 8.) nach welcher der Brauzwang und Branntweinzwang in allen Landestheilen aufgehoben, sofern er nicht auf einem Vertrage beruht, und auch in diesem Falle, wenn der Berechtigte Fiskus oder eine Corporation. (Vergl. oben d. Einl. zu diesem Titel sub A. 4.)

II. Vergl. §. 1. der Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (zu L. R. II. 8.), nach welchem die ausschließlichen Brau- und Branntweinbrennereigerechtigkeiten aufgehoben sind. (Vergl. oben die Einl. zu diesem Titel sub A. 1.)

III. (Zu I. der Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 795.)

In Folge der §§. 1, 4, 39, 64, 65 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (Vergl. zu L. R. II. 8, und die obigen Suppl. zu §§. 1—22 unter „zu I." und „zu II.") bestehen gegenwärtig dreierlei Brauerei- und Brennerei-Berechtigungen.

a) als Zwangsrecht,

b) als Realgewerbeberechtigungen, (Gerechtigkeiten); diese sind veräußerlich;

c) auf Grund einer polizeilichen Genehmigung, welche den dritten Erwerber oder den Erben zum Gewerbebetriebe nicht berechtigen.

IV. Zur K. O. v. 7. Febr. 1835. (Ergänz. Ausg. 2. Bd. 2. S. 797.)

1) (Zu Nr. 5. der K. O. v. 7. Febr. 1835.) V. des M. d. J. v. 8. Juni 1843. Für eine begründete Beschwerde im Sinne des Gesetzes, wegen deren die Verlängerung der Concession zu versagen, ist er zu erachten, wenn der Schankwirth oder konzessionirte Verkäufer Personen, bei welchen sich bereits Spuren der Trunkenheit zeigen, noch ferner geistige Getränke verabreicht. (B. M. Bl. 1843. S. 193.)

2) V. d. M. d. J. v. 7. Okt. 1843. Die Bestimmung sub 5. der K. O. v. 7. Febr. 1835 kann nicht so gedeutet werden, daß bei nachgesuchter Verlängerung einer Concession auf die Frage wegen der Qualifikation der Person und des Lokals, so wie wegen des Bedürfnisses

zurückzukommen; vielmehr ergiebt der Zusammenhang, daß mit den Worten: „auf den Grund der Bestimmungen zu 3 und 4" nur der Gegensatz zu dem kurz vorher erwähnten Falle eines schon vor Publikation der K. O. v. 7. Febr. 1835 betriebenen Schankgewerbes hat ausgedrückt werden sollen. (V. M. Bl. 1843. S. 293. 294.)

3) K. O. v. 21. Juni 1844, betreffend den Kleinhandel mit Getränken, und den Gast- und Schankwirthschaftsbetrieb.

Zu mehrerer Sicherung der Erfolge, welche bei Erlaß der Order v. 7. Febr. 1835 in Betreff des Kleinhandels mit Getränken und des Gast- und Schankwirthschaftsbetriebes beabsichtigt worden sind, bestimme Ich hierdurch auf den Bericht des Staatsministeriums v. 11. d. M. für sämmtliche Provinzen der Monarchie, was folgt:

1) Der Kleinhandel mit Getränken soll nicht bloß auf dem Lande, sondern auch in den Städten den Bestimmungen der Order v. 7. Febr 1835 unterworfen sein.

2) In allen zur vierten Gewerbesteuer-Abtheilung gehörigen Ortschaften sollen die Vorschriften jener Order wegen des Schankwirthschaftsbetriebes auch auf den Betrieb der Gastwirthschaft Anwendung finden.

3) In den unter 2. bezeichneten Ortschaften hat fortan nicht die Ortspolizei-Behörde, sondern der Kreis-Landrath die Erlaubniß-Scheine zum Betriebe derjenigen Gewerbe zu ertheilen, welche den durch die Order v. 7 Febr. 1835 und durch die gegenwärtige Order vorgeschriebenen Beschränkungen unterliegen. (G. S. 1844. S. 214.)

4) C. V. v. 8. Juli 1844. Die K. O. v. 21. Juni 1844 ist, wie ihre Fassung ergiebt, nicht auf Beschränkungen der schon bestehenden Kleinhandlungen mit geistigen Getränken gerichtet, vielmehr ist für diese Nr. 5 der K. O. v. 7. Febr. 1835 anzuwenden.
(V. M. Bl. 1844. S. 210.)

5) V. des Min. d. J. v. 15. Okt. 1844. Destillateure in den Städten als solche sind zum Kleinhandel mit Getränken nicht berechtigt, bedürfen vielmehr dazu der besondern, nach der K. O. v. 7. Febr. 1835, u. 21. Juni 1844 nöthigen, polizeilichen Erlaubniß.
(V. M. Bl. 1844. S. 313.)

6) Vergl. zu dieser Verf. den §. 59 Gew. O., nach welchem Jeder die Erzeugnisse seines Gewerbes an seinem Wohnorte in festen Verkaufsstätten feil halten darf. (zu L. R. II. 8.) Für die Frage, ob diese Bestimmung auch auf den Kleinhandel mit Getränken anwendbar? Kommt außerdem §. 55 der Gew. O. in Betracht.

7) Vergl. §. 55. Gew. O. v. 17. Jan. 1845 (zu L. R. II. 8.) nach welchem die K. O. vom 7. Febr. 1835 und die v. 21. Juni 1844 mit der Maaßgabe in Kraft bleiben, daß die Rücksicht auf bisherige ausschließliche Gewerbeberechtigungen nicht weiter stattfindet, an die Stelle der in jenen Verordn. angedrohten Strafen die Vorschriften des Tit. 10 der Gew. O. zur Anwendung kommen, und in der polizeilichen Genehmigung eine noch vor Ablauf des Kalenderjahres endende Frist bestimmt werden kann, innerhalb deren das Gewerbe bei Verlust der Befugniß zum Betriebe desselben begonnen werden muß.

8) Ist durch die Vorschrift des §. 55 der Gew. O. v. 17. Jan. 1845, daß an die Stelle der durch die K. O. v. 7. Febr. 1835 angedrohten Strafen diejenigen der Gew. O. treten sollen, auch die Bestimmung sub Nr. 5 der K. O. v. 7. Febr. 1835 aufgehoben, nach welcher die Prolongation der Koncession wegen begründeter Beschwerden versagt werden kann?

Es verneint das Min. d. J. in der V. v. 14. Aug. 1845: Die Versagung der Erlaubniß zur Fortsetzung des Gewerbes ist keine Strafe, sondern eine Verwaltungsmaaßregel, deren Gründe dem Betheiligten mitzutheilen nicht einmal nothwendig ist. Da die Koncession nur auf ein Kalenderjahr ertheilt wird, so ist sie mit diesem Zeitraum erloschen; es liegt mithin auch in der Versagung der Prolongation keine Entziehung der Koncession. Die Bestimmung, daß unter gewissen Bedingungen die Verlängerung der Concession nicht versagt werden soll, steht hiermit nicht in Widerspruch, da gerade diese Form gewählt worden ist, um zu bezeichnen, daß jeder Prolongations-Antrag in Beziehung auf das Zutreffen dieser Bedingung einer besondern Beurtheilung der Behörde, welche die Concession ertheilt, unterliegt.
(V. M. Bl. 1845 S. 274.)

§§. 53—90. Westpreußisches Prov. R. §. 16:
„Jedes adelige Gut hat die Vermuthung für sich, daß demselben das Recht zustehe, Bier zu brauen und

Branntwein zu brennen, auch diese Getränke zu verkaufen. Die Ausübung der Schankgerechtigkeit bleibt jedoch an die in der K. O. v. 7. Febr. 1835 vorgeschriebenen Bedingungen geknüpft."
(G. S. 1844. S. 106.)

§. **56**. Krugverlag.

1) Vergl. §. **4**. Gew. O. v. **17**. Jan. **1845** (zu L. R. **II**. **8**.) nach welchem der Krugverlag in allen Landestheilen ablösbar. (vergl. oben Einl. zu diesem Titel sub C. u. E.)

2) Muß der Verpflichtete nur diejenige Qualität von Getränken welche der Berechtigte selbst fabrizirt, oder auch andere namentlich feinere Getränke von dem Berechtigten entnehmen?

Bornemann (System. Ausg. **2**. Bd. **4**. S. **404**) nimmt letzteres, der in den Ergänz. (Ausg. **2**. Bd. **2**. S. **798**) mitgetheilten Ausführung des Geh. Ob. Trib. beitretend.

§. **58**. K. O. v. **18**. Aug. **1843**. Revisionen krugverlagspflichtiger Schankstätten unter polizeilichem Beistande sind mit der privatrechtlichen Natur der Krugverlagsverhältnisse nicht vereinbar. (Vergl. oben zu §§. **1**—**22** sub **V**. **3**. b. (B. M. Bl. 1843. S. 265.)

§§. **59**—**67**, **70**, **75**—**85**, **89**, **91**—**95**. Diese Vorschriften sind in Folge der allgemeinen Aufhebung des Brau- und Branntweinzwangs und der ausschließlichen Brau- und Branntweingerechtigkeiten für ebenfalls aufgehoben zu erachten, da ihnen ein Gegenstand der Anwendung fehlt. (Vergl. die Suppl. Nr. **I**. u. **II**. zu §§ **53** — **59** h. t.)

§. **68**. Vergl. §. 59. Gew. O. v. **17**. Jan. **1845** (zu L. R. II. 8.), nach welchem Jeder Gewerbberechtigte an seinem Wohnorte in festen Verkaufsstätten die Erzeugnisse oder sonstigen Gegenstände seines Gewerbebetriebes feil halten und nach Maaßgabe Tit. **4**. der Gew. O. auf Märkten damit verkehren kann. Vergl. auch die K. O. v. **7**. Febr. **1835** zu §§. **53**—**89** h. t. (Erg. Ausg. **2**. Bd. **2**. S. **797**.)

§§. **90**—**92**. Von der Branntweinbrennerei-Gerechtigkeit.

Ueber die Branntweinbrennerei-Gerechtigkeit und den Brauzwang vergl. die Zusätze zu §§. **53**—**89**, da von diesen Berechtigungen alles gilt, was rücksichtlich der Brauereigerechtigkeit und des Brauzwangs verordnet ist.

Zweiter Theil.

Erster Titel.

Von der Ehe.

Bornemann's Systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts, (2. Ausg.) Bd. 5. S. 11—260.

Erster Abschnitt.

Von den Erfordernissen einer gültigen Ehe.

§. 5. und Anh. §. 62. V. v. 22. Dec. 1843., betr. das Verbot der Ehe zwischen Stief- oder Schwiegereltern und Stief- oder Schwiegerkindern.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc. verordnen zur Ergänzung der Bestimmung des §. 5. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. und mit Aufhebung des §. 62. des Anh. zum A. L. R., auf den Antrag unseres Staatsministeriums und nach vernommenem Gutachten einer aus Mitgliedern des Staatsraths ernannten Kommission, was folgt:

Die Wiederverheirathung einer Person, deren eheliche Verbindung durch den Tod oder durch richterlichen Ausspruch aufgelöst worden, mit Ascendenten oder Descendenten ihres frühern Ehegatten ist auch dann verboten, wenn das Verhältniß zu dem letztern auf einer unehelichen Zeugung beruht. Eine Dispensation von diesem Verbote findet nicht Statt. Urkundlich ꝛc.

(G. S. 1844. S. 47.)

§. 6. Welche Bedeutung hat der §. 6 h. t., zugleich in Berücksichtigung des Zusatzes im §. 5 h. t., daß Stief- oder Schwiegereltern und Kinder einander „ohne Unterschied des Grades" nicht heirathen sollen?

Temme führt aus, daß der §. 6 h. t. in Beziehung auf die Schwägerschaft im engeren Sinne durchaus keine Bedeutung habe, und daß das, was derselbe sage, schon im §. 5. h. t. enthalten sei. (Jnr. W. 1844. S. 334.)

§. 9. und Anh. §. 62. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 44 u. 118.

§. 10. Die in dem Schreiben des Justizministeriums v. 13. Juli 1829 (Ergänz. ad h. l. Bd. 3. S. 10.) ausgesprochene Ansicht, daß des Königs Majestät zu Ehen in den durch die Gesetze schlechterdings verbotenen Graden (§§. 3—6 h. t.) Dispensation ertheilen könne, ist durch die, mittelst R. v. 8. Okt. 1844 mitgetheilte K. O. v. 28. Sept. 1844 reprolirt worden.

Nicht ohne Befremden habe ich aus Ihrem Berichte v. 29. v. M. von dem Inhalte des Justiz-Min. R. v. 13. Juli 1829, auf dessen Grund der Richter zweiter Instanz den J. K. R. zu R. von der Anfertigung eines gesetzwidrigen Gesuchs freigesprochen hat, Kenntniß erhalten. Bei der so deutlichen gesetzlichen Bestimmung des §. 10. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. kann Ich über diese ganz willkürliche Auslegung Mein Mißfallen nicht verbergen und verordne deshalb, wie es unabänderlich dabei verbleiben muß, daß Dispensationen zu Ehen in den durch die Gesetze schlechterdings verbotenen Graden unter keinerlei Umständen ertheilt werden können, und daß alle darauf gerichtete Gesuche als gesetzwidrig zu betrachten sind. Sie haben für Veröffentlichung dieser Ordre Sorge zu tragen.

(Justizmin. Bl. 1844. S. 223—224.)

§. 12. und Anh. §. 63. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 44 und 118.

§. 18. In wiefern ist ein geschiedener Ehegatte bei anderweitiger Verheirathung zur Auseinandersetzung mit seinen minorennen Kindern erster Ehe verbunden?

1) R. v. 11. Jan. 1839.

Die Ansicht, daß durch den §. 18 h. t. dem geschiedenen, für schuldig erklärten Ehegatten zur Pflicht gemacht sei, sich jedenfalls bei anderweitiger Verheirathung mit den minorennen Kindern erster Ehe durch Bestellung und Anweisung eines Pflichttheils aus seinem Vermögen auseinanderzusetzen, widerlegt sich aus der Fassung des gedachten §., indem darin, bei dem Vorhandensein minorenner Kinder, dem sich wiederverheirathenden Ehegatten nur zur Pflicht gemacht ist, entweder die gesetzliche Abfindung der Kinder nachzuweisen, oder einen Erlaubnißschein des vormundschaftlichen Gerichts beizubringen. Es kommt daher in jedem einzelnen Falle der Wiederverheirathung eines geschiedenen Ehegatten darauf an, ob demselben gesetzlich eine Verpflichtung zur Abfindung obliegt. Die diesfälligen in den §§. 457—460. A. L. R. II. 2. enthaltenen Vorschriften, wonach der schuldige Ehegatte, und wenn beide für gleichschuldig erklärt worden, beide Ehegatten, den in der geschiedenen Ehe erzeugten Kindern ausnahmsweise noch bei ihren Lebzeiten aus ihrem Vermögen einen Pflichttheil auszusetzen gehabt haben, sind durch §. 92 des Anh. zum A. L. R. und §. 290 des Anh. zum § 32 A. G. O. I. 40. dahin abgeändert, daß die Aussetzung eines Pflichttheils nur dann eintritt, wenn der unschuldige Theil oder der im Fall des §. 290 des Anh. zur G. O. den Kindern zu bestellende Kurator, während des Ehescheidungs Prozesses oder nach rechtskräftig getrennter Ehe, wegen Verschwendung des schuldigen Theils die Aussetzung eines Pflichttheils beantragt hat und der schuldige Theil dazu verurtheilt ist. Dem zur anderweiten Ehe schreitenden, für den schuldigen Theil erklärten Ehegatten kann daher der Erlaubnißschein wegen der Vermögensverhältnisse zu den minorennen Kindern erster Ehe nur dann versagt werden, wenn ein denselben zur Aussetzung des Pflichttheils verurtheilendes Erkenntniß vorliegt und diesem noch nicht genügt ist. Die Vormundschaftsbehörde hat bei der anderweitigen Verheirathung eines geschiedenen, für schuldig erklärten Ehegatten nur zu prüfen, ob Umstände vorliegen, welche zu einem Einschreiten durch einen zu bestellenden Kurator nach §. 92 des Anhanges zum A. L. R. Veranlassung geben können. — Wenn die Ansicht richtig wäre, daß der Gesetzgeber, abgesehen von den Vorschriften §§. 457 ff. A. L. R. II. 2., in dem §. 18 h. t. die anderweite Verheirathung eines Ehegatten, aus dessen früherer Ehe minorenne Kinder vorhanden sind, als einen besonderen Verpflichtungsgrund habe aufstellen wollen, die Kinder der früheren Ehe wegen ihres Erbrechts abzufinden, so müßte eine solche Auseinandersetzung ganz allgemein, also auch bei der Wiederverheirathung des unschuldigen Ehegatten eintreten, wodurch ein Widerspruch gegen den allgemeinen, im §. 457 a. a. O. bestätigten Rechtsgrundsatz, daß Kinder bei Lebzeiten ihrer Eltern kein Erbrecht gegen dieselben geltend machen können, entstehen würde. Die Bezugnahme auf die §§. 784, 785 A. L. R. II. 1., kann hier nichts entscheiden, da diese Vorschrift sich nur auf die Vermögens-Auseinandersetzung der Eheleute unter einander nach §§. 743, 783, a. a. O. bezieht. Der §. 187 A. L. R. II. 2. und der §. 35 des A. L. R. II. 18 aber setzen den Fall voraus, daß sich der zur anderweiten Ehe schreitende Vater im Besitze des seinen Kindern durch den Tod ihrer Mutter zugefallenen Vermögens befindet.

(Justizmin. Bl. 1839. S. 59.)

2) R. v. 19. Juni 1843.

Die Ansicht, daß die Bestimmung des §. 18 h. t. allein auf die durch den Tod getrennten Ehen anzuwenden, in Beziehung auf geschiedene Ehen aber durch den § 153 des Anhangs zum A. L. R. insoweit für aufgehoben zu erachten, daß hiernach in Ehescheidungs-Prozessen in der Regel keine Vormundschaft für die Kinder eingeleitet zu werden braucht, ist nicht zu billigen. Der §. 18. h. t. findet vielmehr auch bei der anderweitigen Verheirathung eines gerichtlich geschiedenen Ehegatten Anwendung. In dem §. 18 h. t. ist ein Ehehinderniß gesetzlich vorgeschrieben, welches durch die Bestimmungen in Betreff der Bevormundung der Kinder während des Ehescheidungs-Prozesses in keiner Beziehung verändert worden ist. Es kommt hinzu, daß der vorgeschriebene Erlaubnißschein des Vormundschaftsgerichts nicht einmal nothwendig die Einleitung einer Vormundschaft erfordert. Ueberdieß muß der Pfarrer, welcher vor der Trauung entweder den Nachweis der Abfindung der Kinder, insofern hierzu eine gesetzliche Verpflichtung des zur zweiten Ehe schreitenden Gatten überhaupt vorhanden ist, (R. vom

11. Jan. 1839. Justizmin. Bl. S. 59 und 60) oder den Erlaubnißschein des Vormundschaftsgerichts zu erfordern hat, sich lediglich an diese Vorschrift halten, ohne eine in letzterer ohnehin nicht gegründete Unterscheidung machen zu dürfen. Die Vorschrift des §. 153 des Anh. zum A. L. R., welche nur das Verfahren beim Ehescheidungs-Prozeß betrifft, steht mit der Bestimmung des §. 18 h. t., welche sich nicht auf geschiedene Ehe, sondern auf die Legitimation zur Trauung für die zweite Ehe bezieht, in keinem Zusammenhange, daher sich auch die Bestimmung des Anh. nicht bei diesem Paragraphen befindet. Endlich kann auch für die beschränkte Auslegung des §. 18 h. t. kein Argument aus dem §. 103 A. L. R. II. 18 hergeleitet werden. Diese Vorschrift bezieht sich allerdings nur auf die anderweitige Verheirathung eines Wittwers oder einer Wittwe und verweist wegen des in solchen Fällen zu beobachtenden Verfahrens auf §§. 18 ff. h. t. Daraus folgt aber keinesweges, daß die letztgedachte Vorschrift auf diese Fälle zu beschränken und nicht auf die anderweitige Verheirathung geschiedener Ehegatten anzuwenden sei. (Justizmin. Bl. 1843. S. 156.)

§. 20. u. Anh. §. 64. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 44, 45 und 118.

§§. 30—33. Ueber die Frage: ob die Ehen von Reichsgrafen mit nicht zum hohen deutschen Adel gehörenden Damen für Mißheirathen zu erachten? vergl. das Erk. des Ob. App. Ger. zu Celle v. 9. Mai 1844. (Ulrich Bd. 10. S. 522.)

§. 34. und Anh. §. 65. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 45 u. 118.

§. 36. Geek (O. L. G. Ass.) theilt mit, daß des regierenden Königs Maj. in einem Spezial-Falle (des jüd. Arztes Talfson) die Misch-Ehe zwischen Juden und Christen für mit den bestehenden Gesetzen unvereinbar erklärt habe; er bemerkt indeß, daß durch diese nicht im legalen Wege publicirte Entscheidung die Frage keinesweges der selbstständigen Prüfung des Richters entzogen sei. (Ulrich Bd. 11. S. 287.)

§. 37. und Anh. §. 66. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 45 u. 118.

Zweiter Abschnitt.

Von Ehegelöbnissen.

§§. 78 sqq. Ueber die Fragen: ob nach gemeinem Rechte, und ob in den ehemals churkölnischen Landen ein ohne Einwilligung des Vaters eingegangenes Verlöbniß nichtig sei, und ob absolut, oder nur in Bezug auf den anfechtenden Vater? vergl. das Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 16. Mai 1837. (Ulrich Bd. 5. S. 65.)

§. 92 und Anh. §. 67. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 45 u. 118.

Dritter Abschnitt.

Von der Vollziehung einer gültigen Ehe.

§. 144. und Anh. §. 68. Vergl. Löwenberg's Materialien, S. 46 u. 118.

§. 145. und Anh. §. 69. Vergl. ebendaselbst.

§. 146. und Anh. §. 70. 1) Vergl. ebendaselbst.

2) K. O. v. 9. Juli 1839, mitgetheilt durch den Staatsministerial-Beschluß v. 17. Aug. 1839. Da jede präventive Beaufsichtigung der von Civilbeamten des Staates zu schließenden Ehen unerlaubt ist, so sind nur die bei der Wittwen-Verpflegungs-Anstalt receptionsfähigen Civilbeamten zur Einholung des Ehekonsenses von ihrem Cheff, im Sinne des §. 70 des Anh. zum A. L. R., für verpflichtet zu erachten. (Justizmin. Bl. 1839. S. 302.)

3) C. R. des K. Min. der G., U. u. M. Ang. v. 26. März 1842 an sämmtliche Konsistorien betr. die Verpflichtung der Pfarrer zur Ermittelung der bei Aufgeboten und Trauungen etwa entgegenstehenden Ehehindernisse.

(Min. Bl. d. i. V. 1842. S. 193. Nr. 256. s. zum A. L. R. II. 11. §. 440.)

§§. 153. und Anh. §§. 71 und 72. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 46 u. 118.

§. 163. und Anh. §. 73. Vergl. ebendaselbst.

§. 167. Im Centralblatt 1843. S. 491 wird ausgeführt, daß zwar nirgends erläutert worden, wer unter „Privat-Personen" im §. 167 h. t. gemeint sei, daß aber die Praxis darunter alle Personen des In- und Auslandes, die nicht souveränen Fürsten sind, verstehe, und daß daher der Souverain des Staates der einzige sei, auf welchen der §. 167 h. t. nicht anwendbar sei.

Vierter Abschnitt.

Von den Rechten und Pflichten der Eheleute, in Beziehung auf ihre Personen.

§. 187. Ist der Ehemann auch verpflichtet, die vor Eingehung der Ehe aufgelaufenen Prozeßkosten der Ehefrau zu bezahlen?

Für die Affirmative ist angeführt worden, daß das Gesetz nicht distinguire, wann die Kosten entstanden seien, sondern den Ehemann verpflichte, alle die Frau betreffenden Prozeßkosten zu tragen, die er demgemäß dann bezahlen müsse, wenn sie fällig seien oder gefordert würden, namentlich wenn sie aus einem, erst während der Ehe entschiedenen Prozesse herrührten.

Das Justizministerium hat indeß mittelst R. v. 15. Aug. 1845 die Negative angenommen, weil es gegen den dem Prozesse nicht beigetretenen Ehemann an jedem gesetzlichen Titel zur Exekution fehle. (Jur. W. 1845. S. 739.)

§§. 198—200. Vergl. R. v. 26. Nov. 1840.
(s. zum A. L. R. I. 14. §§. 230 u. 231., Ergänz., Bd. 2. S. 130.)

Fünfter Abschnitt.

Von den Rechten und Pflichten der Eheleute, in Beziehung auf ihr Vermögen.

§. 231. Kann ein Ehemann, welcher die Illaten seiner Ehefrau auf sein Grundstück hat hypothekarisch eintragen lassen, wenn er die Cession dieser Illaten an einen Dritten bewilligte, dem Cessionar dieser Forderung nicht entgegensetzen, daß, weil die cedirende Ehefrau nicht mehr Recht habe übertragen können, als sie selbst gehabt, ihm der Nießbrauch an den cedirten Illaten belassen werden müsse?

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 3. Dec. 1842 verneint; denn das Nießbrauchsrecht des Ehemannes ex §. 231 h. t., welches lediglich auf der Eigenschaft des Objekts, als Bestandtheil des Vermögens der Frau, beruhe, könne nicht länger dauern, als diese Eigenschaft bestehe. Der Nießbraucher, der zu einer Veräußerung des dem Nießbrauche unterworfenen Gegenstandes seine Zustimmung ertheile, leiste hierdurch zugleich Verzicht auf sein Nießbrauchsrecht, was nach §. 181. A. L. R. I. 21. unbedenklich zulässig sei. Der mit Bewilligung der Frau veräußernde Ehemann bringe durch diesen Akt das betreffende Vermögensstück aus dem Vermögen der Ehefrau heraus, womit die Verzichtleistung auf das Nießbrauchsrecht nothwendig verbunden sei. Das Prinzip des §. 231 h. t. unterliege der Beschränkung, daß das Nießbrauchsrecht nicht länger dauere, als der Gegenstand zum Eingebrachten gehöre, und nach Veräußerung des Gegenstandes nicht fortdauere, also namentlich auch mit der Cession eines dem Nießbrauche unterworfenen Aktivums untergehe. (Entsch. Bd. 9. S. 299.)

§. 260. Finden die Hindernisse, welche einer Ehefrau bei der Beweisführung und Geltendmachung ihrer Ansprüche an das in cridam verfallene Vermögen ihres Ehemannes gesetzlich entgegenstehen, auch dann Anwendung, wenn sie nicht ihre uxoralischen Vorrechte in erster, vierter oder fünfter Klasse verfolgt, sondern als Darlehns- oder sonstige Gläubigerin auftritt?

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 21. Mai 1842 verneint. Der §. 260 h. t. befinde sich in dem mit dem §. 254 h. t. anhebenden Abschnitte: „Rechte der Frau wegen des Eingebrachten in dem Vermögen des Ehemannes", und schließe sich unmittelbar dem §. 259 h. t. an, welcher wegen der Ordnung, in welcher bei entstehendem Konkurse die Frau zu befriedigen sei, auf die Konkursordnung zurückweise, wo ihr im §. 406 im Allgemeinen wegen ihrer Illaten die vierte Klasse zugesichert sei. Nehme sie weder diese, noch auch ex §. 433 ib. die fünfte Klasse in Anspruch, sondern trete sie nur als Darlehnsgeberin oder sonstige Gläubigerin auf, so hätten ihre uxoralischen Rechte mit ihrer Liquidation gar nichts gemein, und deßhalb stehe ihr der §. 260 h. t. nicht entgegen, der sich nur auf die Geltendmachung jener singulären Vorrechte beziehe, sondern sie sei auch in dieser Beziehung wie jeder andere Gläubiger zu behandeln. (Entsch. Bd. 9. S. 468.)

§. 312 u. Anh. §. 74. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 47, 118 u. 119.

§. 328. Entsteht aus den von der Frau für den Mann gültig kontrahirten Schulden eine persönliche Verbindlichkeit der Frau?

In der Abhandlung in der Jur. W. 1843 S. 769 ff. wird ausgeführt, daß in den Fällen der §§. 321, 325—329 h. t. sowohl der Mann, als die Frau hafte. Es sei, wie auch die Motive ergäben, nicht anzunehmen, daß die in den cit. §§. gebrauchten verschiedenen Satzwendungen eine verschiedene Verpflichtung haben ausdrücken sollen. Die Regel sei nach §§. 320 und 334 h. t., daß die Schulden einer Frau ohne Bewilligung des Mannes für beide Eheleute ungültig seien, bis auf das nützlich Verwendete. Das in rem Vertirte könne aber (nach §§. 262—277. A. L. R. I. 13.) von beiden gefordert werden. Die vorhandene Sache oder deren Werth, so weit die Version hinreiche, werde erstattet. Das, womit nöthige und nützliche Ausgaben bestritten werden, sei versio in rem. Ausgaben, zu welchen die Gesetze verpflichten, und welche nicht ohne Gefahr eines größern Uebels vermieden werden können, seien nothwendig. Diese allgemeinen Leistungen würden in den §§. 321 sqq. h. t. ins Detail verfolgt. Die Besorgung der Haushaltung und der Nothdurft werde als solche versio in rem angesehen für Frau und Mann, da beide von den Waaren und Sachen lebten, mit denen die Haushaltung bestritten werde. Ohne Grund werde daher zwischen den §§. 321 u. 325 ff. h. t. unterschieden. Die Richtigkeit hiervon folge auch aus dem §. 389 h. t.; auch harmonirten damit die §§. 407 u. 408 h. t.

§. 343 u. Anh. §. 75. 1) Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 47 u. 119.

2) Wenn eine Ehefrau neben ihrem Ehemanne, bei zweiseitigen lästigen Verträgen, als Hauptcontrahentin mit aufgetreten ist, und mit demselben Verpflichtungen übernommen hat, so tritt die Vermuthung, als ob sie nur als Bürgin hinzugetreten, nicht ein, und es finden daher auch in diesem Falle die gesetzlichen Vorschriften über die Bürgschaften der Ehefrauen keine Anwendung.

(Erk. des Geh. Ob. Trib v. 18. Nov. 1842, Entsch. Bd. 8. S. 307, f. zum A. L. R. I. 14. §§. 231—233.)

Sechster Abschnitt.

Von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten.

Dr. J. F. Budde, Beitrag zur Lehre von der Gemeinschaft aller Güter unter Ehegatten. (Kondominial- und Konsolidations-Prinzip.) (Ulrich Bd. 11. S. 471 ff.)

§. 345. I. Provinz Pommern.

1) Nach Lübischem Rechte entsteht mit der Eingehung der Ehe eine durch die Geburt eines Kindes bedingte eheliche Gütergemeinschaft.

(Plen. Beschl. des Geh. Ob. Trib. v. 18. Febr. 1839, Just. M. Bl. 1839 S. 108.)

2) Wo in Pommern die eheliche Gütergemeinschaft des Lübischen Rechtes bestehet, ist der Ehemann auch solche Grundstücke, die von ihm selbst vor Eingehung der Ehe schon besessen,

oder während der Ehe von ihm erworben sind, ohne Zuziehung und Einwilligung seiner Ehefrau zu veräußern nicht befugt.

(Plen. Beschl. des Geh. Ob. Trib. v. 23. Jan. 1843, Justizm. Bl. 1843, S. 128, Entsch. Bd. 10. S. 61.)

3) Ueber das Erbrecht der Ehefrau, besonders der minderjährigen und vaterlosen Ehefrau, auf die Verlassenschaft ihres Ehemannes an den Orten, wo Lübisches Recht gilt.

(Centralbl. 1843 S. 643 ff.)

4) In denjenigen pommerschen Städten, welche mit dem Lübischen Rechte in seinem ganzen Umfange ausdrücklich beliehen sind, braucht die Reception der einzelnen Vorschriften desselben nicht besonders nachgewiesen zu werden, sonders muß umgekehrt derjenige, welcher die Nichtanwendbarkeit einzelner Vorschriften behauptet, beweisen, auf welche gesetzliche Weise sie außer Kraft gesetzt seien. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 27. Sept. 1844, Entsch. Bd. 10. S. 235.)

II. Provinz Schlesien.

G. v. 11. Juli 1845 wegen Aufhebung der im Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz geltenden besonderen Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge.

(G. S. 1845 S. 471, s. zum §. III. des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794, oben S. 2.)

III. Provinz Westphalen.

1) Bericht des Geh. Ob. Trib. vom 20. März 1844 über einige Kontroversen in der Lehre von der Gütergemeinschaft, wie sie in den Fürstenthümern Paderborn und Minden, sowie in der Grafschaft Ravensberg gilt. (Justizm. Bl. 1844 No. 33. Beilage.)

Vergl. hierzu: Dr. J. F. Budde, Beitrag zur Lehre von der Gemeinschaft aller Güter unter Ehegatten. (Kondominial- und Konsolidations-Prinzip.) (Ulrich Bd. 11. S. 471 ff.)

2) Dr. Sommer, von der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft in der Provinz Westphalen, und ihrer bevorstehenden legislativen Neugestaltung. (Ulrich Bd. 11. S. 291 ff.)

3) Ueber das Nießbrauchsrecht des überlebenden Gatten eines zur zweiten Ehe geschrittenen Gatten nach der Nassau-Katzenelnbogenschen Gerichts- und Landes-Ordnung.

(Erk. des Hofger. zu Arnsberg v. 25. Juli 1831, des II. Sen. des O. L. G. zu Münster v. 2. März 1833 u. des Geh. Ob. Trib. v. 23. Juli 1834, Ulrich Bd. 3. S. 24 ff.)

4) R. v. 12. Sept. 1843, betr. das in der Stadt Duisburg geltende Statutarrecht.

(Justizm. Bl. 1843 S. 251.)

5) Herzogthum Westphalen.

Sievertz Statutarrechte des Herzogthums Westphalen.

(Ulrich Bd. 3. S. 141, Bd. 4. S. 573, Bd. 5. S. 303 u. 535, u. Bd. 6. S. 373 u. 653.)

6) Dortmund.

a) Dr. Sommer, über das Konsolidations-Prinzip in der Dortmunder Gütergemeinschaft, und ob nach Dortmunder Statutarrechte bei unbeerbter, aber mit Kindern gesegnet gewesener Ehe der überlebende Gatte blos den Nießbrauch der zweiten Hälfte erbe, oder die ganze Gütergemeinschafts-Masse behalte? (Ulrich Bd. 5. S. 293 ff.)

b) Nach Dortmunder Statutarrechte geht, wenn das in der Ehe erzeugte Kind, mit dessen Geburt die allgemeine Gütergemeinschaft eintritt, bei Lebzeiten beider Eltern wieder verstorben, beim Ableben des einen Ehegatten auf den überlebenden das gesammte gemeinschaftliche Vermögen beider Eheleute über, mit Ausschließung der Ascendenten oder sonstigen Verwandten des Verstorbenen.

(Erk. des O. L. G. zu Hamm v. 13. Dec. 1839, des O. L. G. zu Paderborn v. 1. Febr. 1842 u. des Geh. Ob. Trib. v. 27. Sept. 1842, Ulrich Bd. 10. S. 380.)

7) Ueber die Frage: ob es bei der Soester Gütergemeinschaft während des Lebens der Ehegatten Antheile des einzelnen Ehegatten an derselben gebe? vergl. Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 31. Mai 1844. (Ulrich Bd. 10. S. 570.)

IV. Provinz Westpreußen.

Provinzialrecht für Westpreußen, §. 17. (G. S. 1844, S. 106, oben S. 3.)

§§. 346. 350 u. 351. Das Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 22. Okt. 1842 stellt folgende Rechtssätze auf:

a) Zur Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft, welche im Netzdistrikte unter Personen adlichen Standes nicht Statt findet, ist der Nachweis solcher Umstände hinreichend,

die nach §. 19. Tit. 9. Thl. II. des A. L. R. die rechtliche Vermuthung begründen, daß den Eheleuten der Geschlechtsadel wirklich zukomme.

b) Die provinzialrechtlich, im Netzdistrikte zwischen Eheleuten adlichen Standes ausgeschlossen gewesene eheliche Gütergemeinschaft ist auch durch die Einführung der franzöſ. Gesetze, zwischen solchen Eheleuten, die bei Einführung dieser Gesetze schon verheirathet waren, nicht eingetreten.

c) Gläubiger eines solchen Ehegatten, deren Forderungen vor Eingehung der Ehe entstanden, können sich daher überall nur an ihren eigentlichen Schuldner oder dessen Erben halten, selbst wenn der andere Ehegatte unter der Herrschaft der französ. Gesetze gestorben und sein Nachlaß nach den Grundsätzen der ehelichen Gütergemeinschaft regulirt worden ist.

(Entsch. Bd. 8. S. 404 ff.)

§§. 354 u. 355. Können eximirte, und insbesondere adliche Eheleute während der Ehe die Gütergemeinschaft unter sich einführen, wenn sie ihren Wohnsitz verändern und an einen Ort verlegen, wo zwar Gütergemeinschaft gilt, aber nicht für Eximirte überhaupt oder den Adel insbesondere?

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 30. April 1842 ausgeführt, daß ein solcher Vertrag mit Rechtsgültigkeit gegen Dritte nicht geschlossen werden könne. Der §. 351 h. t. stelle als Regel auf, daß die Veränderung des ersten Wohnsitzes nichts an den Rechten verändere, welchen sich die Eheleute vorher unterworfen haben. Der §. 352 h. t. bestimme indeß als Ausnahme, daß wenn Eheleute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, an einen andern Ort, wo dieselbe Statt findet, verlegt haben, alle von ihnen an diesem letzteren Orte vorgenommenen Handlungen in Beziehung auf einen Dritten nach den Regeln der Gütergemeinschaft zu beurtheilen seien. Diese Folgen könnten indeß, nach §§. 416 u. 412 h. t., ausgeschlossen werden. Der Grund dieses Gesetzes sei der beabsichtigte Schutz des redlichen Dritten. Dieser Grund falle indeß bei Adligen und sonstigen Eximirten (wegen des §. 346 h. t.) weg. Der §. 352 h. t. könne sich daher nur auf nichteximirte Eheleute beziehen, und daher könne auch der §. 355 h. t. nicht auf eximirte Eheleute bezogen werden. Beide §§. ständen in der genauesten Verbindung und sprächen von einer und derselben Klasse von Eheleuten. Beide gingen von denselben faktischen Voraussetzungen aus: daß nämlich Eheleute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, an einen andern verlegt haben, wo sie Statt findet, und überdieß allegire der §. 355 h. t. noch ausdrücklich den §. 352 h. t. Beide §§. unterschieden sich nur darin von einander, daß §. 352 das Verhältniß solcher Eheleute in Beziehung auf einen Dritten behandele, daß aber der §. 355 von dem Verhältnisse solcher Eheleute unter sich, namentlich in Ansehung der Erbfolge, spreche. Wenn daher §. 355 solchen Eheleuten gestatte, sich in Ansehung der Erbfolge der Gütergemeinschaft durch einen Vertrag zu unterwerfen, so spreche er eben so wenig, als der §. 352, von eximirten Eheleuten. Der §. 354 aber enthalte theils nur eine Negation, theils folge auch ohne Weiteres daraus nicht, daß an Orten, wo Gütergemeinschaft aus Prov. Gesetzen oder Statuten Statt finde, sie auch während der Ehe durch Vertrag eingeführt werden könne, zumal es in einem solchen Falle überhaupt der Einführung durch Vertrag nicht bedürfe. Hierzu komme, daß der §. 355, wie dessen Anfangswort „jedoch“ zeige, eine Ausnahme von der Regel des §. 354 enthalte, und da der §. 355 sich nur auf nicht eximirte Eheleute beziehe, so könne sich auch der §. 354 nur auf solche beziehen. (Jur. W. 1845 S. 57.)

§. 356 u. Anh. §. 76. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 47 u. 119.

§. 360. Dürfen in Fällen, wo die Provinzialrechte und Statuten lückenhaft sind, die allgemeinen Vorschriften des A. L. R. von der Gütergemeinschaft zur Anwendung gebracht werden?

Das O. L. G. zu Halberstadt (Datum des Erk. konstirt nicht) nimmt, auf Grund der Aeußerungen Suarez's in der Schlußrevision[1]), die Affirmative nach §. 360 h. t. an.

(Ulrich Bd. 1. S. 531.)

---

[1]) Vergl. Zus. 2. zum Abschn. 6 h. t. (Ergänz. Bd. 3. S. 88.)

Derselben Ansicht ist das Geh. Ob. Trib. nach Inhalt der Gründe seines Plenarbeschl. v. 23. Jan. 1843. (Entsch. Bd. 10. S. 72.)

§. 377. Vergl. Zus. 4. zum A. L. R. I. 9. §. 427. (Ergänz. Bd. 1. S. 463.)

§§. 378—380. 1) In welcher Form muß die Einwilligung der in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau in die vom Ehemanne vorgenommene Veräußerung eines Grundstückes erfolgen?

a) Das O. L. G. zu Bromberg hält (in dem Erk. v. 16. Nov. 1841), mit Bezug auf den Bericht des Geh. Ob. Trib. v. 5. Mai 1837 und §§. 120. 135. 155. A. L. R. I. 5. und §. 15. A. L. R. I. 10. die schriftliche Einwilligung für genügend, aber auch für erforderlich. (Jur. W. 1844 S. 302, Entscheid. Bd. 10. S. 171.)

b) Das Ob. App. G. zu Posen nimmt (per sent. v. 2. Nov. 1843) an, daß schon das bloße Stillschweigen der Frau hinreiche, um sie für einwilligend zu erachten, falls sie dem Veräußerungsgeschäft beiwohne. (Jur. W. 1844 S. 303. Entsch. a. a. O.)

c) Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 27. Sept. 1844) aus, daß es zwar nothwendig der ausdrücklichen Einwilligung der Frau bedürfe, daß diese aber wenigstens schriftlich ertheilt werden müsse. Denn der §. 378 h. t. erfordere ausdrücklich die Einwilligung der Frau, weshalb bloßes Stillschweigen, mit Rücksicht auf §. 61 A. L. R. I. 4., nicht genüge; die schriftliche Form sei aber nach §§. 15—17. A. L. R. I. 10. u. §§. 120 u. 155 A. L. R. I. 5. erforderlich, und wenn der §. 378 h. t. keine besonderen Vorschriften über die Form der Einwilligung gebe, so sei klar, daß hierbei die allgemeinen Regeln über die Form von Verträgen solcher Art zu beobachten seien. Zwar sei man nicht berechtiget, die für andere Verhandlungen unter Eheleuten im §. 198 h. t. vorgeschriebene strengere, gerichtliche Vertragsschließung zu fordern; aber eben so wenig sei man befugt, von allen Formen abzusehen, auch von derjenigen, die für Verträge gleicher Art allgemein angeordnet sei. (Entsch. Bd. 10. S. 172.)

d) Bornemann tritt der Ansicht des Geh. Ob. Trib. völlig bei.
(System. 2. Ausg. Bd. 5. S. 136 u. 137.)
Derselben Ansicht sind ferner:

e) der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau (in dem Erk. v. 27. Febr. 1838).
(Koch, Schles. Arch. Bd. 4. S. 41 ff.)

f) der Verfasser des Aufsatzes in der Jur. W. 1844 S. 297 ff.

Vergl. auch das R. v. 22. Aug. 1840.
(Justizmin. Bl. 1840 S. 285, Ergänz. zu §§. 232 u. 233 h. t., Bd. 3. S. 72.)

2) Wo in Pommern die eheliche Gütergemeinschaft des Lübischen Rechts besteht, ist der Ehemann auch solche Grundstücke, die von ihm selbst vor Eingehung der Ehe schon besessen, oder während der Ehe von ihm erworben sind, ohne Zuziehung und Einwilligung seiner Ehefrau zu veräußern nicht befugt.
(Plen. Beschl. des Geh. Ob. Trib. v. 23. Jan. 1843, Justizmin. Bl. 1843 S. 128, Entsch. Bd. 10. S. 61.)

Siebenter Abschnitt.

Von der Trennung der Ehe durch den Tod.

§. 436 u. Anh. §. 77. 1) Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 48 u. 119.

2) K. O. v. 28. Nov. 1845, betr. das Trauerreglement v. 7. Okt. 1797.

Da die Bestimmungen des Trauerreglements v. 7. Okt. 1797 über die Privat- und Familientrauer nicht ferner für ein Bedürfniß anzusehen sind, diese vielmehr mit Rücksicht auf das Herkommen dem Gefühl der Betheiligten überlassen werden kann; die Anordnungen wegen der Hoftrauer aber nach den Umständen jedes einzelnen Falles dem Ermessen des Landesherrn vorbehalten bleiben müssen, so will Ich auf den Bericht des Staatsministeriums v. 14. d. M. die Bestimmungen des erwähnten Reglements in Ansehung der Hoftrauer, sowie der Privat- und Familientrauer, hierdurch außer Kraft setzen; dagegen verbleibt es in Ansehung der Landestrauer bei den hierüber im §. 1 jenes Reglements gegebenen Vorschriften. Dieser Mein Befehl ist durch die G. S. zur öffentlichen Kenntniß zu bringen.
(G. S. 1845. S. 830.)

§§. **495** sqq. In Betreff der provinziellen und statutarischen Erbfolge der Ehegatten bemerke man ferner:

1) Für die Kur- und Neumark.

R. v. **27.** Okt. **1843** nebst Bericht des Geh. Ob. Trib. v. **9.** ej. m., betr. die Frage: ob der überlebende Ehegatte, welcher die statutarische Hälfte (nach der Joachimica) wählt, bei der Erbtheilung das Altentheil einzuwerfen habe? (Justizmin. Bl. 1843 S. 282.)

2) Für die Provinz Preußen.

Pat. v. **19.** April **1844** wegen Publikation des Provinz. Rechts für Westpreußen, §§. **4** u. **7.** (Oben S. 3.)

3) Für die Provinz Westphalen.

In Betreff der Landestheile, für welche die Wittgensteinsche Landesordnung von **1569** Gültigkeit hat, vergl. das Erk. des O. L. G. zu Arnsberg v. **6.** Juli **1844.** (Ulrich, Bd. 10. S. 329.)

4) Für die Provinz Schlesien.

G. v. **11.** Juli **1845** wegen Aufhebung der im Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz geltenden besondern Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge. (G. S. 1845 S. 471, s. zum §. III. des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794, oben S. 2.)

§. **495** u. Anh §. **78.** 1) Vergl. Löwenberg's Material. des Anh. S. **48** u. **119.**

2) Entscheidet bei der Erbfolge der Ehegatten auch wegen der Immobilien die Gesetzgebung des persönlichen Gerichtsstandes, — selbst dann, wenn inländische Gesetze mit ausländischen kollidiren?

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. **4.** Oct. **1844** bejahet, da der §. **78** des Anh., welcher aus der durch das Hof-R. v. **2.** Juni **1794** „für diesen und künftige Fälle" bestätigten Entscheidung der Gesetz-Kommission v. **20.** Mai **1794** hervorgegangen, hier entscheidend sei, und in dem Falle, welcher dabei zum Grunde gelegen, auch von Grundstücken außerhalb der Provinz die Rede gewesen. Zu der Annahme, daß im §. 78 cit. nur von einer Kollision verschiedener Partikular-Rechte innerhalb des Preuß. Staates die Rede sei, wogegen der Gesetzgeber, wenn er den Konflikt der Gesetze verschiedener Landeshoheiten vor Augen gehabt hätte, sich darüber in der Einl. zum A. L. R. hätte aussprechen müssen, sei kein Grund vorhanden. Das Gesetz mache eine solche Ausnahme nicht und daher dürfe solche auch nicht vom Richter gemacht werden. (Entsch. Bd. 10 S. 177.)

§. **496.** Vergl. Zus. zum Publ. Pat. v. **5.** Febr. **1794.** §. **XIV.**

§§. **570—585.** Vergl. über den Inhalt der Materialien der §§. **570 — 585** h. t. Löwenberg's Beiträge zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung, Bd. **1.** S. **365.** ff.

§§. **637.** sqq. Nach den Grundsätzen der Paderbornschen G. G. tritt bei einer Ehe, aus der Kinder nachgelassen sind, durch den Tod des einen Ehegatten keine gänzliche Vereinigung der Rechte beider Eheleute in der Person des Ueberlebenden (Konsolidation) ein. Die Kinder gelangen vielmehr sogleich zum Miterbrecht und Miteigenthum in Betreff des ihnen gebührenden Antheils, und die Rechte des überlebenden Ehegatten auf dieses Erbtheil der Kinder können nur als ein Nießbrauchs- und ausgedehntes Verwaltungsrecht angesehen werden. (Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 10. April 1843, Entscheid. Bd. 8. S. 461.)

§§. **645** u. **646.** Kann bei bestandener ehelicher G. G. der überlebende Ehegatte, wenn er die Erbschaft aus dem Testamente des Verstorbenen angetreten hat, gegen den darin eingesetzten Pflichttheils-Erben auf den lebenslänglichen Nießbrauch am Pflichttheile aus dem Gütergemeinschaftsrechte Anspruch machen?

Das Geh. Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) hat verneint. Die Rechte eines überlebenden Ehegatten auf das Vermögen des Verstorbenen seien zuerst nach den obwaltenden Verträgen (§§. **439.** sqq. h. t.), in deren Ermangelung nach gültig errichteten letztwilligen Verordnungen (§§. **481.** sqq. h. t.), wenn aber beide nicht vorhanden, nach den Gesetzen (§§. **500** h. t.) zu bestimmen, und schließlich, wo das Dotal-System nicht gilt, nach den Grundsätzen des G. G. Rechts (§§. **634.** sqq. h. t.), welches dem gemeinen Erbrechte zur Seite stehe. (§. **438.** h. t.) Aus dieser Eintheilung ergebe sich, daß, wo die

Erbfolge durch ein Testament des verstorbenen Ehegatten bestimmt worden, diese Sukcession aus dem Testamente vorangehe, und der überlebende Ehegatte im Verhältniß zum eingesetzten Pflichttheils-Erben sich nicht mehr vorzugsweise auf das eheliche Güterrecht berufen, und daraus Rechte auf die als Nachlaß des Verstorbenen anzusehende Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens herleiten, und diese auf die Testamentsfolge übertragen könne. Denn er müsse die Pflichten eines Testaments-Erben erfüllen. Sobald also die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens als Nachlaß festgestellt und der dem Ascendenten des Verstorbenen davon zukommende Pflichttheil ausgemittelt worden, müsse die Frage: wie es wegen Verabfolgung des Pflichttheils zu halten? aus dem Testamentsrechte entschieden werden. Die Vorschriften der §§. 645 u. 646. h. t. aus dem G. G. Rechte setzten voraus, daß nach den Gesetzen sukcedirt werde. Die Verbindung des Genusses aus beiden Erbfolge-Prinzipien sei unzulässig.
(Entscheid. Bd. 8. S. 313.)

Anh. §. 79 1) Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 48 u. 119.

2) Arndts (J. R.) führt aus, daß das Reservat des §. 79 des Anh. eine bedingte, künftige Forderung von ungewissem Betrage bilde, wofür gültig Hypothek bestellt werden könne und welches sogar eingetragen werden müsse. Die dadurch begründete obligatio sei ein wirkliches und, des ungewissen Erfolgs ungeachtet, ein gegenwärtiges Vermögensrecht, und die Ausdehnung der Kaution auf dasselbe (A. L. R. II. 2. §. 187.) habe für die Kinder dasselbe Interesse, wie die Sicherstellung anderer, dem Vater zur Verfügung gestellten Vermögensstücke. Der Zweck der vom Gesetze verordneten Eintragung des Reservats könne nur die Herstellung eines die Forderung sichernden Realrechts am Grundstücke, d. h. einer Hypothek, sein, was mit den Grundsätzen des A. L. R. II. 2. §§. 174 u. 187. im Einklange stehe, und dieser Hypothek sei keine geringere Bedeutung beizulegen, als der nach §§. 187 u. 188 einzutragenden Kaution. Der Vater könne daher die Löschung des Reservats ebensowenig fordern, als die Löschung anderer, in Gemäßheit des §. 187 a. a. O. eingetragener Vermögenstheile.
(Jur. W. 1844. S. 747.)

Achter Abschnitt.

Von Trennung der Ehe durch richterlichen Ausspruch.

Ueber die beabsichtigte Reform des Eherechts vergl. ferner:

Darstellung der in den Preuß. Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform. 8. Berlin. 1844.

A. Karl, die Aufgabe der Ehegesetzgebung in Preußen, entwickelt an der „Darstellung der in den Preuß. Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform.“ 8. Leipzig. 1844.

Ueber Eheschließung, Ehescheidung und Wiederverheirathung. Den K. Preuß. Prov. Ständen gewidmet rc. 8. Sangerhausen. 1843.

Ritter (L. u. St. G. Rath), nähere Prüfung des Preuß. Ehescheidungs-Rechts und der bekannt gewordenen Entwürfe eines neuen Ehescheidungs-Gesetzes. 8. Cottbus. 1845. (Recens. von Sommer, in Ulrich Bd. 9. S. 170.)

F. F. Weichsel, noch etwas über Ehescheidungen. (Centralbl. 1843. S. 120.)

R., noch ein Wort über das beabsichtigte neue Ehescheidungsgesetz. (a. a. O., S. 123.)

§§. 670—676. Ueber den Beweis des Ehebruchs durch Eides-Delation, vergl. Zus. zur A. G. O. I. 10. §. 252.

§. 690. und Anh. §. 80. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 48 u. 119.

§§. 708—710. Dorguth, praktische Bedenken bei den §§. 708—710 h. t.

Es wird bemerkt, daß das Gesetz nicht bestimme, was der Richter verfügen und veranstalten solle. Die Praxis gehe dahin, einen Befehl zur Besserung zu erlassen.
(Centralbl. 1843. S. 503.)

§. 718b. Kann in dem Falle, wenn ein Ehegatte die Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung nachsucht, die Ehescheidung ausgesprochen werden, wenn sich auch der auf diesen Scheidungsgrund berufende Theil den im §. 718b. h. t. bezeichneten Folgen nicht ausdrücklich unterworfen hat?

Das Geh. Ob. Trib. bejahet durch den Plenarbeschl. v. 17. Juni 1844. Die Entste-

hungs-Geschichte der §§. 717 u. 718. h. t. ergebe nicht, daß man die Scheidung wegen einseitiger Abneigung von der ausdrücklichen Unterwerfung des klagenden Theils unter die Ehescheidungsstrafe habe abhängig machen wollen. Mit Rücksicht auf §. 12 der Einl. zum A. L. R. müsse aber jeder Preuß. Unterthan, dessen Rechtsverhältnisse nach dem A. L. R. zu beurtheilen, die Vorschrift des §. 718b. h. t. kennen. In der Berufung auf diese Vorschrift liege daher zugleich die Unterwerfung unter die darin bezeichneten gesetzlichen Folgen. Einer ausdrücklichen Uebernahme der Ehescheidungsstrafe würde es in einem solchen Falle nur dann bedürfen, wenn diese Uebernahme zur Begründung der Klage aus §. 718a. h. t. gehörte, was indeß nicht anzunehmen sei. Eben so verhalte es sich in dem Falle, wenn der Scheidungs-Antrag auch nur eventuell oder subsidiarisch auf unüberwindliche Abneigung gegründet sei.
(Justizmin. Bl. 1844. S. 199, Entsch. Bd. 10. S. 47.)

§. 734. u. Anh. §. 81. Vergl. Löwenberg's Material des Anh., S. 48, 49. und 119.

Eilfter Abschnitt.

Von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs.

J. Schüßler, die Paternitäts-, Alimenten- und Satisfaktions-Klagen. 2. Ausg. 8. Kassel. 1843.

§. 1015. u. Anh. §. 83. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 49. u. 119.

§. 1018. u. Anh. §. 84. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 49. u. 119.

§. 1024. (1036). Köchling (St. G. R.), über die Wirkung und den Beweis der exceptio plurium stupratorum nach den Vorschriften des gemeinen Rechts und der Nassauischen Landesordnung (welche nach §. 4. des Publ. Pat. v. 21. Juni 1825 im Siegenschen zur Anwendung kommt). (Ulrich Bd. 10, S. 597.)

§. 1047. (1059.) Sind der Anspruch einer Geschwächten auf Beilegung der Rechte einer geschiedenen, für den unschuldigen Theil erklärten Ehefrau, und in weiterer Folge, der Anspruch des Kindes auf die Rechte der ehelichen Geburt, davon abhängig, daß derjenige Beischlaf, aus welchem die Schwangerschaft entstanden, nach einem von dem Schwängerer ihr gemachten Eheversprechen vollzogen worden sei?

a) Der Ob. App. Sen. des K. G. hat per sent. v. 29. Juni 1844 verneint und angenommen, daß es nur darauf ankomme, ob das Eheversprechen der präsumtive Bewegungsgrund zur ersten Beischlafsbewilligung gewesen sei, es möge dieselbe nun mit Eintritt der Konceptionszeit, oder auch schon früher erfolgt sein. Das Gesetz verlange nicht, daß sofort der erste, nach dem Eheversprechen vollzogene Beischlaf ein befruchtender gewesen sei; es genüge, daß die Verführung unter dem Versprechen der Ehe geschehen und hiernächst eine Schwängerung erfolgt sei. (Entsch. Bd. 10. S. 384. u. 386.)

b) Das Geh. Ob. Trib. hat dagegen per sent. v. 29. März 1845. bejahet. Die Wortfassung des §. 1047 (1059) h. t. ergebe klar, daß derjenige Beischlaf allein, aus welchem, unter Anwendung der gesetzlichen Konceptionsfrist, die Schwangerschaft frühestens entstanden sein könne, für den entscheidenden erachtet werden müsse, so daß es allein darauf ankomme, ob der Schwängerer noch vor diesem eben bezeichneten ersten befruchtenden Beischlafe der Geschwächten die Ehe versprochen. Nach §§. 1041. u. 1044 (1029. 1032) h. t. und wie die Materialien [1]) ergäben, brauchten nur die vorhin schon außer der Ehe Geschwängerten sich mit der ersten Art der Entschädigung zu begnügen, wogegen die blos Deflorirten noch als unbescholten anzusehen. Die Meinung der Gesetzgebung lasse sich hieraus ganz klar dahin erkennen, daß der Anspruch der Geschwächten auf Beilegung der Rechte einer geschiedenen, für den unschuldigen Theil erklärten Ehefrau, und in weiterer Folge der Anspruch des Kindes auf die Rechte der ehelichen Geburt, davon habe abhängig gemacht werden sollen, daß die Schwängerung, also derjenige Beischlaf, aus welchem das Frauenzimmer schwanger

---

[1]) Vergl. Zus. 3. zu §§. 1035. sqq. h. t. (Ergänzung. Bd. 3. S. 233.)

geworden, nach einem erfolgten Eheversprechen vollzogen worden sei; und es folge hieraus ebenso von der einen Seite, daß dem befruchtenden Beischlafe das Eheversprechen voraufgegangen sein müsse, als von der anderen, daß der Umstand für sich allein, daß dem überhaupt ersten Beischlaf ein Eheversprechen nicht voraufgegangen, der Geschwächten jene Rechte noch nicht entziehe, wofern nur dem späteren befruchtenden Beischlafe das Eheversprechen voraufgegangen sei. (Entsch. Bd. 10. S. 384. ff.)

§. **1077**. (**1089**.) 1) Ist bei Berechnung der Konceptionszeit der Beweis zum Zwecke der computatio naturalis zulässig, und wie ist civiliter die Konceptionszeit zu berechnen?

Der II. Sen. des O. L. G. zu Glogau erachtet in dem Erk. v. **22**. Febr. **1845** die Ansicht des Revisors[1]), daß, wegen des Wortes „nach" im §. **1077** (**1089**) h. t. der Tag nach der Beiwohnung als der erste anzusehen und daß die computatio naturalis unzulässig sei, für unrichtig. Das Gesetz habe, wenn es den Eintritt der Konceptionszeit im Verhältniß zur Beiwohnung bezeichnen wollte, sich nur des Wortes „nach" bedienen können, mochte es nun die noch übrigen Stunden des Tages der Beiwohnung mitrechnen lassen wollen oder nicht. Denn jeder Zeitmoment von der Schwängerung bis zur Entbindung liege nach der Zuhaltung. Die Bestimmung des §. **1077**. (**1089**.) h. t. enthalte eine praesumtio juris et de jure über die Wirkungen des concubitus. Sie stelle den Satz auf, ein Kind sei aus einem gewissen Beischlafe entstanden, wenn es innerhalb des **210**. u. **285**. Tages nach demselben geboren worden, d. h. so verfahre die Natur, und dies seien die äußersten Gränzen. Hieraus folge aber, daß für den Richter die Gränzen eines Beischlafs unumstößlich feststehen, und daß es gesetzlich als nach der Natur der Dinge unmöglich anzusehen sei, daß einmal die Wirkung nach einer gewissen Anzahl Stunden später eintreten könne, als die Gränzen dieser Möglichkeit in der Natur. Nur wenn die Stunde der Geburt oder des Beischlafs nicht zu ermitteln, es aber erwiesen sei, daß an einem gewissen Tage konsumbirt worden, müsse der Tag, sowie er aus **24** Stunden bestehe, auch, und zwar von Mitternacht zu Mitternacht, gerechnet werden. (Jur. W. 1845. S. 671.)

2) Dorguth führt aus, daß die deferirten Eide über den Beischlaf, wenn ein oder mehrere bestimmten Akte des Beischlafs behauptet werden, nur auf diese, nicht aber auf die ganze Frist der gesetzlichen Konceptionszeit zu richten seien, und daß es demgemäß zulässig sei, die Klage wegen desselben Facti der Schwängerung, wenn sie bereits nach Ableistung des purgatorii oder delati zurückgewiesen worden, aus dem Facto eines anderen Beischlafs innerhalb derselben Periode von Neuem anzustellen, ohne daß die exceptio rei judicatae gemacht werden könne. (Jur. W. 1844. S. 628.)

§. **1118**. (**1130**.) u. Anh. §. **85**. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **50**. u. **119**.

Zweiter Titel.

Von den wechselseitigen Rechten und Pflichten der Eltern und Kinder.

Bornemann's, System. Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.) Bd. 5. S. 261—311.

Erster Abschnitt.

Von ehelichen Kindern.

§. **1**. I. Sind die Worte des §. **1**. h. t. „erzeugt oder geboren," disjunktiv zu verstehen, so daß jedes während der Ehe, wenn auch noch so kurze Zeit nach deren Schließung, geborene Kind präsumtiv ehelich ist, oder muß nicht wenigstens ein Moment der gesetzlichen Konceptionszeit in die Ehe fallen?

[1]) Vergl. Ergänz. ad h. t., Bd. 3. S. 245.

1) Der Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 5. Sept. 1842, welcher die erstere Alternative annimmt, stützt sich auf die Ausführung, daß die Worte des §. 1 h. t., wonach das Kind entweder während der Ehe erzeugt, oder während derselben geboren sein müsse, ergäben, wie ein Mehreres zur Begründung der aufgestellten Präsumtion nicht erforderlich sei. Diese wörtliche Interpretation werde durch den Inhalt der Materialien [1]) bestätiget, welche ergäben, daß nach der Absicht der Redaktoren die gesetzliche Vermuthung für die Legitimität eintreten solle, nicht allein:

wenn die Kinder während stehender Ehe erzeugt und geboren sind,

sondern auch alsdann:

wenn sie während der Ehe erzeugt und nach deren Auflösung geboren,

oder

wenn sie vor der Ehe erzeugt und während stehender Ehe geboren sind.

So sei auch der §. 1 h. t. nur auszulegen. Denn, während das Wort „erzeugt" in Beziehung auf die Kinder, welche nach Auflösung der Ehe geboren worden, beibehalten werden mußte, um die Präsumtion auch auf diese auszudehnen, umfasse das Wort „geboren" die Kinder, welche sowohl vor, als nach Eingehung der Ehe erzeugt worden. Nicht bloß die Kinder hätten bezeichnet werden sollen, welche während der Ehe erzeugt und geboren worden, sondern auch diejenigen, welche während der Ehe geboren, wenn auch nicht erzeugt worden. Das disjunktiv hinzugefügte Wort „oder" anstatt des Wortes „und," welches im Entwurfe stand, lasse keinen Zweifel darüber, daß es bei den, während der Ehe geborenen Kindern nicht darauf ankommen solle, ob sie vor oder während der Ehe erzeugt sind. Hiergegen spreche auch der §. 2 h. t. keineswegs; denn die darin gebrauchten Ausdrücke: „Mann und Frau" und „ehelich beiwohnen" seien nur dadurch veranlaßt, daß im Allgemeinen von einem ehelichen Verhältnisse die Rede war. (Entsch. Bd. 8. S. 76.)

2) Temme vertheidiget die zweite Alternative. Zwar sei die Ansicht von der Hagen's, sofern dieser den §. 1. h. t. hauptsächlich auf die §§. 10. u. 11. h. t. beziehe, nicht richtig; denn diese §§. hätten zu dem §. 1. keine mehrere Beziehung, wie zu den §§. 2—5, und könnten eben schon deshalb, in alleiniger Beziehung zu dem ersten aufgefaßt, zu einer Interpretation desselben nicht führen. Dessenungeachtet bestehe keine Antinomie, sondern das Mißverständniß liege nur darin, daß man den §. 1. h. t. ausschließlich auf den Fall beziehe, wenn das Kind während der Ehe geboren worden (§§. 2. sqq. h. t.), während derselbe ein allgemeiner Einleitungs-Paragraph sei, der zugleich auch die Regel für die Fälle feststellen solle, wenn das Kind nach getrennter Ehe geboren worden (§§. 19. sqq. h. t.). Hiernach sei der Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 5. Sept. 1842, unrichtig. (Jur. W. 1844 S. 249.)

II. Ist die im §. 1 h. t. aufgestellte Vermuthung eine unumstößliche (praesumtio juris et de jure), nur ausnahmsweise von dem Ehemanne oder dessen Erben und von den Lehns- und Fideicommißanwartern anzufechtende; oder ist sie nur eine gewöhnliche praesumtio juris, welche namentlich auch von dem Kinde selbst bei Anstellung der negativen Filiationsklage widerlegt werden darf?

1) Dr. Jacobi (O. L. G. Rath) hält (mit v. Rönne) die zweite Alternative für die richtige, theils wegen der Wortfassung des §. 1 h. t., theils weil jenes Klagerecht als ein ausschließliches Recht des Vaters nirgends bezeichnet werde, vielmehr aus den Ausnahmen §§. 16 u. 17 a. a. O. gerade auf das Gegentheil, also auf das Bestehen der allgemeinen Rechtsregel, geschlossen werden dürfe. (Jur. W. 1845 S. 29.)

2) Dieselbe Ansicht wird (unter Widerlegung der Annahme des Geh. Ob. Trib.) ausgeführt in der Recens. im Centralbl. 1839 S. 118.

III. Gehört der §. 1 h. t. zu den suspendirten?

1) Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 27. Nov. 1843 (in Bezug auf die Mark

---

[1]) Vergl. Ergänz. ad h. t., S. 260.

Brandenburg) bejahet, indem es ausführt, daß der §. cit. das klare Gegentheil des Römischen, vor Einführung des A. L. R. in der Mark geltenen Rechts enthalte. (Entsch. Bd. 10. S. 221; Jur. W. 1845 S. 34.)

2) Der II. Sen. des O. L. G. zu Frankfurt (Datum des Erk. konstirt nicht) ist dagegen der Ansicht, daß der §. 1 h. t. eine gemeinrechtliche Kontroverse entscheide und deshalb nicht zu den suspendirten Vorschriften gehöre. (Jur. W. 1845 S. 34.)

Dieselbe Meinung vertheidigt Dr. Jacobi (O. L. G. Rath). (a. a. O. S. 1 ff.)

§. 2. 1) Muß die Unmöglichkeit des Beischlafes nachgewiesen werden, oder genügt der Beweis, daß der Mann der Frau nicht beigewohnt habe?

a) Das Geh. Ob. Trib. hat in dem Plenarbeschl. v. 5. Sept. 1842 das Letztere angenommen. Die allgemeine Fassung des §. 2 h. t. beziehe sich nicht bloß auf den Fall, wenn es dem Manne unmöglich gewesen, den Beischlaf zu vollziehen, sondern überhaupt auf alle Fälle, in welchen er den Beischlaf wirklich nicht vollzogen habe. (Entsch. Bd. 8. S. 88.)

b) Dieselbe Ansicht führt das Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 19. Sept. 1842 aus, indem der §. 2 h. t., im Einklange mit dem jus commune, ganz unzweideutig den Nachweis der Nichtbeiwohnung allgemein für statthaft erkläre. Die §§. 3 u. 4 h. t. normirten nur den Beweissatz für zwei besondere Fälle, und kämen also überall nur in Betracht, wenn der präsumtive Vater seine Klage wirklich auf Impotenz oder Abwesenheit gründe, wie sich dies auch aus Suarez's Schlußrevision ergebe. (Koch Schl. Arch. Bd. 5. S. 216.)

c) Vergl. Dorguth, kasuistische Bedenken über die Anwendung des Plenarbeschl. vom 5. Sept. 1842. (Jur. W 1843 S. 513.)

2) Kann der Beweis über die Thatsache der Beiwohnung (im Illegitimitäts-Prozesse) durch zugeschobene Eide geführt, oder darüber auf nothwendige Eide erkannt werden?

Das Geh. Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 19. Sept. 1842 die Affirmative an, da im §. 2 h. t. keinesweges gesagt sei, daß der Eidesvertrag nicht statt finde, und kein besonderes Gesetz existire, welches solchen ausschlösse, wie nach §. 352 A. G. O. I. 10. erforderlich sein würde. (Koch's Schl. Arch., Bd. 5. S. 218.)

3) Vergl. Plenarbeschl. des Geh. Ob. Trib. v. 17. Juni 1844, betr. die Zulässigkeit eines definitiven Erkenntnisses vor Ableistung eines beantragten Eides in Streitsachen wegen ehelicher Geburt eines Kindes. (Justizmin. Bl. 1844. S. 220, s. zur A. G. O. I. 10. §§. 307 ff.)

§§. 3 u. 4. Sind die §§. 3 und 4. h. t. nur beispielsweise oder ausschließlich zu verstehen?

Die Gründe des, die erstere Alternative annehmenden Plenar-Beschl. des Geh. Ob. Trib. v. 5. Sept. 1842 bemerken, daß sonst die Vorschrift des §. 2 h. t. ganz überflüssig sein und nie zur Anwendung kommen würde. Auch ergebe sich die Richtigkeit dieser Ansicht aus den Materialien. (Entscheid. Bd. 8. S. 87.)

Das Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 19. Sept. 1842 führt dieselbe Ansicht aus. (Koch's Schles. Arch., Bd. 5. S. 215.)

§. 4. Kann auch der Kurator eines abwesenden Ehemannes die Unehelichkeitsklage anstellen?

a) Das Stadtgericht zu Berlin und der Ob. App. Sen. des K. Gerichts nehmen (in dem Erk. v. 26. Jan. u. 17. Dec. 1841), unter Bezugnahme auf den §. 19. A. L. R. II. 18., die Affirmative an. (Jur. W. 1843. S. 114 ff.)

b) Dagegen verneint das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Sept. 1842. Ein solcher Kurator, wird ausgeführt, sei kein Vormund, sondern nur ein Kurator zur Wahrnehmung der Vermögensrechte des Abwesenden. Die sonstigen, persönlichen Rechte desselben habe er nicht zu vertreten. Das Recht, die Legitimität des Kindes anzufechten, sei aber sogar ein höchst persönliches Recht, welches nur dem Vater und den wenigen übrigen, vom Gesetze ausdrücklich benannten Personen zugestanden sei. Die Befugnisse des Abwesenheits-Kurators bestimme der §. 19 A. L. R. II. 18. Der Gegensatz liege hier in den Worten Erhaltung und Besorgung, nicht aber in denen: Vermögen und übrigen Angelegenheiten; es

könnten mithin unter den letzteren die blos persönlichen Angelegenheiten des Abwesenden um so weniger verstanden werden, als der Kurator kein Vormund sei, und nur letzterer die Sorge für die Person des Bevormundeten habe. (Entscheid. Bd. 8. S. 321. Jur. W. 1843. S. 129.)

c) Dr. Jacobi (O. L. G. Rath) tritt der Ansicht des Geh. Ob. Trib. bei. (Jur. W. 1845. S. 30.)

d) Bornemann ist dagegen für die Bejahung und bemerkt zur Widerlegung der Ausführung des Geh. Ob. Trib., daß das Recht der Anfechtung der Legitimität des Kindes keineswegs ein nur dem Vater und den in §§. 15 u. 17 h. t. bezeichneten Personen zustehendes Recht sei (vergl. Zus. II. zum §. 1 h. t.), und daß im Uebrigen der Deduktion des Geh. Ob. Trib. eine unrichtige Auffassung derjenigen Sorge, welche der eigentliche Vormund für die Person des Pflegebefohlnen hat, zum Grunde liege. Dieselbe beziehe sich nach §. 232 A. L. R. II. 18. auf das körperliche und moralische Wohl der Pflegebefohlenen. Hierfür könne der Kurator eines Abwesenden, von dessen Aufenthalt Niemand etwas weiß, natürlich nicht sorgen. Das Gesetz habe also auch nicht von einer Sorge dafür sprechen können. Im Uebrigen aber habe es im §. 19 a. a. O. allgemein genug gesprochen. (System. 2. Ausg. Bd. 5. S. 275.)

§. 7. Gehört der §. 7. h. t. zu den suspendirten Vorschriften?

Das Geh. Ob. Trib. hat durch den Plenarbeschl. v. 22. Jan. 1844 bejahet, indem es ausführt, daß die Vorschrift, als dem gemeinen Rechte zuwiderlaufend, nach §. VII. das Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794, zu den suspendirten Stellen des A. L. R. zu zählen, und in der Mark deshalb zur Zeit nicht anwendbar sei. (Justizm. Bl. 1844. S. 102., Entscheid. Bd. 9. S. 44.)

§§. 50. sqq. In der Kurmark ist nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dem außer der Ehe geborenen Kinde das Erbrecht gegen die Mutter und ihre Blutsverwandten um deswillen, weil es aus einem Incest abstammt, nicht abzusprechen. (Erk. des Geh. Ob. Trib. [Datum konstirt nicht], Entscheid. Bd. 9. S. 396.)

Zweiter Abschnitt.

Von den Rechten und Pflichten der Aeltern und der aus einer Ehe zur rechten Hand erzeugten Kinder, so lange die letzteren unter väterlicher Gewalt stehen.

§. 63. Dekl. der die Alimentationspflicht der Verwandten betreff. §§. 63 u. 251 Tit. 2 und §§. 14 u. 15. Tit. 3 Thl. II. des A. L. R., v. 21. Juli 1843. [1])

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. Zur Beseitigung der Zweifel, welche bei der Anwendung der die Alimentationspflicht der Verwandten betr. §§. 63 und 251. Tit. 2. und §§. 14. 15. Tit. 3. Thl. II. des A. L. R. entstanden sind, erklären wir auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erforderlichem Gutachten einer aus Mitgliedern des Staatsraths ernannten Kommission,

daß bei Prozessen gegen Aeltern, Kinder und Geschwister über die Erfüllung ihrer gesetzlichen Alimentationspflicht dem Kläger nicht obliegt, zur Begründung seiner Klage den Nachweis zu führen, daß der Verklagte hinreichende Kräfte und Vermögen besitze, seiner Verbindlichkeit zu genügen, dem Verklagten jedoch unbenommen bleibt, die aus seinem persönlichen und Vermögensverhältnissen zu entnehmenden, dem Anspruche entgegenstehenden Gründe als Einwendungen geltend zu machen.

Urkundlich rc. (G. S. 1843. S. 296.)

§§. 64 u. 65. Betrifft der Anspruch des Kindes in väterlicher Gewalt auf standesmäßigen Unterhalt (aus §§. 64 u. 65 h. t.) nur das Verhältniß der Kinder zu den Aeltern, oder können auch Dritte, welche dem Kinde kreditirt haben, daraus Rechte herleiten?

Das Geh. Ob. Trib. führt (in dem Erk. v. 26. April 1845) die erstere Alternative aus. Die §§. 64—120 h. t. setzen die Rechte und Pflichten der Aeltern rücksichtlich der Kin-

---

[1]) Das Geh. Ob. Trib. hatte (in dem Erk. v. 10. Okt. 1842) bereits, gegen die Ansicht des Ob. App. Sen. des K. Gerichts (in dessen Erk. v. 30. März 1842.), angenommen, daß es nicht erforderlich sei, daß die Klage auf Alimentation eines dürftigen Ascendenten durch die Behauptung begründet werde, daß das in Anspruch genommene Kind dazu vermögend sei, daß aber der Einwand des Letztern, daß es unvermögend sei, zur Instruktion gezogen werden müsse und nicht zur Exekution verwiesen werden könne. (Entsch. Bd. 8. S. 329 ff.)

der unter einander und den Kindern gegenüber fest. In den §§. 123—138 h. t. seien die Bestimmungen über das, was Kinder selbst erwerben, und wie weit sie sich oder die Aeltern verpflichten können, enthalten. Aus dieser Unterscheidung ergebe sich, daß Dritte, welche aus eigenem Rechte einen Anspruch gegen den Vater aus den Verträgen und Handlungen der Kinder herleiten wollen, sich nicht auf die §§. 64 u. 65 h. t. berufen könnten, sondern ihren Anspruch nach §§. 126 sqq. h. t. begründen müßten. (Jur. W. 1845. S. 737.)

§§. 121 u. 123. 1) In wiefern sind Kinder, welche mit ihrem Ehegatten ins älterliche Haus aufgenommen sind, mit den Aeltern in deren Wirthschaft leben und in diesem Verhältnisse Geschäfte der Aeltern führen, zur Rechnungslegung verpflichtet?

Das Geh. Ob. Trib. nimmt (in dem Erk. v. 6. Jan. 1843) an, daß das Verhältniß eines Kindes in väterlicher Gewalt zu seinen Aeltern wesentlich verschieden sei von dem Verhältniß fremder Personen, und daß die nach §§. 121 und 123 h. t. vorgenommenen Handlungen der Kinder für keine Uebernahme fremder Geschäfte ohne Auftrag zu erachten, welche nach §. 256. A. L. R. I. 13 zu beurtheilen. Die Kinder übernähmen deshalb dadurch keine Verpflichtung zur Rechnungslegung, von welcher auch gar nicht die Rede sein könne, weil die Kinder in der Regel sogar das, was sie selbst erwerben, den Aeltern erwerben, wogegen ihnen von diesen wiederum der nöthige Unterhalt gewährt werde. Es sei Sache der Aeltern, die Kinder zu kontrolliren und sich die erhobenen Gelder abliefern zu lassen und wenn sie dies nicht gethan, so müsse angenommen werden, daß sie von den Kindern keine weitere Auskunft verlangten, sondern solche erlassen hätten. (Jur. W. 1845. S. 256.)

2) Setzt die Bestimmung des §. 121 h. t. voraus, daß die väterliche Gewalt noch besteht, oder aber nach deren Aufhebung die Kinder von den Aeltern noch ernährt werden mußten?

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 13. Okt. 1838 die Affirmative angenommen; denn bei dem Bestehen der Vorschrift des §. 254 h. t. könnten die des §. 121 h. t., wie auch schon die Ueberschrift des zweiten Abschnitt des Tit. II. ergebe, nur von dem Zeitraume verstanden werden, wo die Kinder, bei noch ungelöster häuslicher Verbindung und noch bestehender väterlicher Gewalt, ihre Verpflegung von den Eltern erhalten, die wechselseitigen Leistungen somit gegen einander ausgeglichen würden. Diese Wechselseitigkeit falle fort, sobald die Kinder eine eigene Wirthschaft errichteten, und nur dann, wenn ausnahmsweise nach aufgehobener väterlicher Gewalt die Kinder doch noch von den Aeltern ernährt werden müßten, trete wieder das alte Verhältniß ein. (Ulrich Bd. 5. S. 607.)

§§. 127 sqq. Vergl. Zus. 1. zu §§. 121 und 123 h. t.

§§. 139 sqq. Haften die Aeltern als correi oder nur in subsidium?

Bornemann bemerkt, daß der §. 167 h. t. für die Annahme einer bloß subsidiarischen Verbindlichkeit nichts beweise, indem darin nur habe bestimmt werden sollen, daß, wenn freies und nicht freies Vermögen vorhanden sei, jenes hauptsächlich hafte. Die Vergleichung mit §. 59. A. L. R. I. 6. ergebe aber, daß in den Fällen der §§. 140 u. 142 h. t. die Aeltern und Kinder als correi verpflichtet würden, wogegen in dem Falle des §. 143 h. t. nur eine subsidiarische Verbindlichkeit der Aeltern, weil dieselben höchstens als entfernte Veranlasser des facti illiciti anzusehen, eintreten könne. Dieser Meinung sei auch, wie die Materialien ergäben, einer der Redaktoren gewesen. Uebrigens sei in den §§. 139 sqq. h. t. nicht von Kindern unter sieben Jahren, sondern von Kindern unter väterlicher Gewalt überhaupt die Rede. (System. [2. Ausg.] Bd. 2. S. 189. Note 5.)

Dritter Abschnitt.

Von dem eigenthümlichen Vermögen der Kinder.

§§. 147. sqq. Ueber die Rechte des mahljährigen Wirthes (Interimswirthes) auf das vor Aufhebung der Leibeigenschaft nach der Münsterschen Eigenthums-Ordnung von ihm erworbene Pekulium, vergl.

a) Plenarbeschluß des Geh. Ob. Trib. v. 12. Nov. 1838.
(Justizmin. Bl. 1839. S. 16., Entsch. Bd. 4. S. 367.)

b) Plenarbeschluß des Geh. Ob. Trib. v. 30. Sept. 1844. (Entsch. Bd. 10 S. 300.)

§§. 160 u 191. Ueber das bei Auswanderungen in Ansehung des sichergestellten Vermögens der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder zu beobachtende Verfahren, vergl. Zus. zum A. L. R. II. 17. §§. 129 u. 136. (Ergänz. Bd. 6. S. 727 ff.)

§§. 168. sqq. B., Uebersicht der wegen Ausmittelung und Sicherstellung des mütterlichen Erbtheils minderjähriger Kinder bei Lebzeiten des Vaters ergangenen Verordnungen.
(Amelang N. A., Bd. 4. S. 192 ff.)

§. 169. Was ist unter einem „zur Sicherheit besonders verschriebenen" Kapitale zu verstehen?

Dorguth bemerkt, daß zur Sicherheit verschreiben nur verpfänden heiße; es sei aber klar, daß dem Vater die Disposition über fremde Pfandstücke gar nicht, und über eigene nicht ohne Weiteres zustehe. (Jur. W 1843. S. 819.)

§. 170. Dorguth nimmt an, daß im §. 170 h. t. das Mobiliarvermögen offenbar mit enthalten sei (A. L. R. I. 21. §. 22.); der Vater müsse daher auch Anzeige von der Veräußerung dieses seinem Gebrauche unterworfenen Mobiliars machen.
(Jur. W. 1843. S. 818.)

§. 171. Nach den Grundsätzen der Münsterschen ehelichen G. G. ist der überlebende Ehegatte, der mit den Kindern in der G. G. bleibt, befugt, auch Grundstücke, die zur Gemeinschaft gehören, unter Lebendigen einseitig — ohne Zustimmung der Kinder, zu veräußern.
(Plenarbeschl des Geh. Ob. Trib. v. 9. April 1844., Justizmin. Bl. 1845. S. 52., Entsch. Bd. 10. S. 282.)

§. 179. Ist ein Vater, welcher in Verfall seines Vermögens gerathen war, auch bei später verbesserten Umständen, zur Sicherstellung des mütterlichen Erbtheils seiner Kinder verpflichtet?

Die Erk. I. und II. Inst. (Gerichtshöfe und Data konstiren nicht) im Centralblatt 1843. S. 788. bejahen, indem sie annehmen, es genüge, wenn einer der Fälle des §. 179 h. t. einmal vorhanden sei, weil eben daraus zu entnehmen, daß der Vater sein Vermögen nicht gut verwalte, und weil es alsdann an einer Gewähr für die Zukunft fehle.

§. 181. Ist der Vater zur Sicherstellung nur dann verpflichtet, wenn er einen solchen Dienst, wie der §. 181 h. t. bezeichnet, bereits hatte, als er das Vermögen der Kinder überkam?

Dorguth bemerkt, daß, den Worten nach, zwar zu bejahen sei, daß aber die Vorschrift des §. 180 h. t., ob paritatem rationis, es zweifelhaft mache, ob der §. 181 so zu verstehen sei. (Jur. W. 1843. S. 819.)

Anh. §§. 86 87. u. 88. 1) Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 50., 51. u 119.

2) Zu dem R. v. 23. Febr. 1815[1]) bemerkt Dorguth, daß wenn von einer Entsagung die Rede wäre, das vormundschaftliche Gericht, wenn es dem Vater nach §. 88. des Anh die Sicherstellung erlassen wollte, nach §. 361 des Anh. zur A. G. O. vollständige Entsagung alles Vorrechts, nämlich auch das der zweiten Klasse in dem Mobiliarvermögen, würde fordern müssen. (Jur. W. 1843. S. 820.)

§. 187. u. Anh. §. 89. 1) Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 51 und 119.

2) Dorguth bemerkt zu diesen §§.:

a) daß, sowie die Verbindlichkeit des Vaters, nach §. 187 h. t., in dem koincidirenden Fall aufgehe, wo der Vater nach §§. 179 sqq. h. t. Sicherheit bestellen muß, so dieselbe bei gleicher Koincidenz für sich bestehen bleibe, wenn dem Vater die Sicherheitsbestellung um deshalb erlassen werde, weil Fiskus auf alles Vorrecht verzichtet hatte;

b) der §. 187 h. t. bestimme nur, daß der Vater, welcher zur anderweitigen Ehe schreitet, das Vermögen der Kinder aus voriger Ehe auf seine etwanigen Grundstücke eintragen lassen

---

[1]) Vergl. Ergänz. ad h. l., Bd. 3. S. 300.

solle; es sei ganz gleichgültig, ob solche Sicherheit gewährten, vielmehr sei es eine Separatfrage, ob der Vater Sicherheit bestellen müsse (§§. 178 sqq. h. t.). Der §. 89 des Anh. könne daher auch nichts über die noch nicht bestellte Sicherheit attestirt verlangen, sondern nur für den Fall, wo der Vater Grundstücke besitzt, ein Attest dahin: daß das Vermögen noch nicht darauf eingetragen sei. (Jur. W. 1843. S. 819 u. 820.)

3) Vergl. Zus. zum Anh. §. 79. ad A. L. R. II. 1. §. 648. (Oben S. 185.)

§. 191. Vergl. Zus. zum §. 160 h. t. (Oben S. 192.)

Vierter Abschnitt.

Von Aufhebung der väterlichen Gewalt.

§. 212b. und Anh. §. 90. Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh., S. 51 und 119.

§. 216. und Anh. §. 91. Vergl. ebendas.

§§. 216 u. 218. 1) Die allgemeine Gewerbe-Ordnung v. 17. Jan. 1845 bestimmt im §. 17:

Minderjährige, welche der väterlichen Gewalt unterworfen sind, müssen, bevor sie den selbstständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes beginnen, die ausdrückliche Genehmigung des Vaters zu dem Gewerbebetriebe nachweisen. (G. S. 1845. S. 44.)

2) Behält die in der stillschweigenden oder ausdrücklichen Entlassung aus der väterlichen Gewalt enthaltene Majorennitäts-Erklärung ihre Wirkung, wenn auch nach des Vaters, während der Minderjährigkeit des Sohnes, erfolgtem Tode etwa eine Vormundschaft angeordnet sein sollte?

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 25. Febr. 1843 bejahet, indem dasselbe annimmt, daß in dem einmal bei Lebzeiten des Vaters bereits eingetretenen Zustande der Volljährigkeit durch den später erfolgten Tod des Vaters nichts geändert werden könne und daß deshalb die Anordnung einer Vormundschaft in solchem Falle fortfalle.

(Entsch. Bd. 8. S. 393.)

3) Ueber die Frage: von welchem Zeitpunkte an die Majorennitäts-Erklärung in Wirksamkeit trete? vergl. Zus. zum A. L. R. II. 18. §. 724.

§. 229. Ist bei Veränderungen mit der Substanz eines Grundstückes, welches einer minorennen verheiratheten Tochter gehört, außer dem Konsens des Ehemannes und des Vaters auch noch die Zustimmung des vormundschaftlichen Gerichtes erforderlich?

Das Justizministerium hat in dem R. v. 10. Juli 1843 bejahet, indem dies aus der Bezugnahme des §. 229 h. t. auf die §§. 741—743. A. L. R. II. 18. und aus der Verbindung beider Gesetzstellen unbedenklich folge, und das R. v. 2. Aug. 1824[1]) keinesweges für die entgegengesetzte Annahme spreche. In letzterer Beziehung wird bemerkt:

Dem R. v. 2. Aug. 1824 liegt ein sehr verschiedener Fall zum Grunde, indem nämlich dort die Frage vorlag:

ob zur Veränderung mit der, einer minderjährigen Ehefrau zustehenden Hypothek, über welche der Vater und der Ehemann einverstanden sind, nach der obervormundschaftlichen Konsens eingeholt werden müsse?

Diese Frage wurde verneint, weil ein solcher Konsens auch bei einer unverheiratheten minorennen Tochter nicht erforderlich und keine Veranlassung vorhanden sei, den Vater einer verheiratheten Tochter in seinen Befugnissen mehr, als den einer unverheiratheten zu beschränken, zumal für jene durch die noch außerdem nothwendige Zuziehung des Ehemanns mehr, als für die unverheirathete gesorgt worden sei. Diesen Gründen kann der Justiz-Minister nur beipflichten, sie treffen aber nicht zu, wenn es sich um die Veräußerung eines Grundstücks handelt, indem zu solchen Veränderungen mit der Substanz der Vater nach §§. 170 und 171 Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. auch bei unverheiratheten Töchtern die Einwilligung des vormundschaftlichen Gerichts nachzusuchen verpflichtet ist.

Was die Form der Veräußerung betrifft, so bestimmt der §. 743. Thl. II. Tit. 18., daß in dieser Beziehung die gesetzlichen Vorschriften eben so beobachtet werden sollen, als wenn keine Heirath geschlossen wäre. Es muß daher auf die §§. 169—175. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R., in denen die Rechte des

---

[1]) Vergl. Ergänz. ad h. l., Bd. 3. S. 323.

Vaters in Bezug auf die Grundstücke seiner Kinder näher angegeben sind, zurückgegangen, und daraus gefolgert werden, daß zu Veräußerungen oder Veränderungen der Substanz eines Grundstücks, welches einer minderjährigen verheiratheten Tochter zugehört, außer der Einwilligung des Ehemanns, des Vaters und des vormundschaftlichen Gerichts keine weitere Förmlichkeit erforderlich ist, und daß indesondere das Gericht seine Einwilligung nicht versagen darf, wenn die Nothwendigkeit der Veräußerung nachgewiesen ist. (Justizmin. Bl. 1843. S. 181.)

§. 251. Dekl. der die Alimentationspflicht der Verwandten betr. §§. 63 u. 251. Tit. 2. und §§. 14 u. 15. Tit. 3. Thl. II. des A. L. R., v. 21. Juli 1843.
(G. S. 1843. S. 296., s. oben S. 190.)

Fünfter Abschnitt.

Von der Erbfolge der Kinder und anderer Verwandten in absteigender Linie.

Bornemann's systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts, (2. Ausg.), Bd. 6. S. 163—204.

§§. 303 sqq. Darf auch ein einzelner von mehreren Miterben gegen einen andern Miterben auf Anerkennung der Kollationspflicht klagen, oder findet der Grundsatz des A. L. R. I. 17. §. 151, daß Erbschafts-Aktiva vor der Theilung nur von den Erben gemeinschaftlich eingezogen werden dürfen, hier Anwendung?

a) Der II. Sen. des O. L. G. zu Frankfurt hat (per sent. v. 21. März 1843) Letzteres angenommen, weil in Bezug auf den Nachlaß der konferirende Erbe Nachlaßschuldner, wenigstens bis auf Höhe der Ausgleichungssummen, sei. (Entsch. Bd. 10. S. 194.)

b) Das Geh. Ob. Trib. führt dagegen (in dem Erk. v. 28. Juni 1844) die erstere Alternative aus. Es sei nämlich hier gar nicht, wie der §. 151. A. L. R. I. 17. voraussetze, von einer Einziehung die Rede, sondern der auf Kollation dringende Miterbe wolle gar nicht den zu konferirenden Betrag in seinen eigenen Nutzen verwenden, vielmehr sei das endliche Resultat von der weiteren künftigen Auseinandersetzung abhängig. Ein gemeinschaftliches Auftreten sämmtlicher Miterben sei bei dieser Kollationsmaterie schlechthin unmöglich, weil der auf Kollation in Anspruch genommene selbst zu den Miterben gehöre. Auch von ihm abgesehen und den übrigen Miterben gegenüber, könnten die einzelnen nicht gezwungen werden, sich dem Willen der übrigen selbst da zu fügen, wo diese übrigen eben dasselbe Recht auch für sich in Anspruch nehmen dürften; auch könnten die Ausgleichungssummen für die einzelnen Miterben eine verschiedene, oder verschiedenartig zu begründende sein. Hierauf führe auch schon die Vorschrift der A. G. O. I. 46. §. 16. hin. (a. a. O. S. 196.)

§§. 310—312. Kann von einem Miterben, der von dem Erblasser schon zu dessen Lebzeiten höher ausgestattet worden, als sein Erbtheil betragen hätte, und der deshalb von der Erbfolge ausgeschlossen bleibt, gefordert werden, daß er das Ueberhobene bei der hiernächstigen Theilung des Nachlasses des Letztlebenden der Aeltern einwerfe?

Das Geh. Ob. Trib. hat (in dem Erk. v. 28. Juni 1844) verneint. Die ganze Reihenfolge der §§. 303 sqq. h. t. ergebe, daß darin nur von der Einwirkung der Ausstattung auf die Theilung des Nachlasses des Ausstattenden die Rede sei. In der Regel sei dies der Vater; sollte die Mutter aus ihrem besonderen Vermögen ausgestattet haben, so erfolge die Ausgleichung unter deren Erben bei der Regulirung ihres Nachlasses; aber ein doppeltes Einwerfen kenne das Gesetz selbst in dem Falle nicht, wenn der Nachlaß des Ausstattenden nicht soweit reichen sollte, um den Nicht- oder Minder-Ausgestatteten so viel vorweg zu verabfolgen, als die ausgestatteten Kinder bei Lebzeiten des Erblassers bereits erhalten haben. Die Vorschriften der §§. 312 u. 310 h. t. würden wirkungslos sein, wenn bei dem Nachlasse der Mutter eine neue Ausgleichung wegen derselben Summe nachfolgen sollte, die schon, dem Begriffe nach, rechtlich unmöglich sei, wenn die nachgebliebene Mutter nicht die Ausstattende gewesen. Der miterbende überlebende Ehegatte nehme, nach §§. 323—325 h. t., sein Erbtheil noch vor der Ausgleichung der aus- und nicht ausgestatteten Kinder an sich; er solle aber auch den ausgestatteten Kindern niemals etwas anrechnen, noch von ihnen zurückfordern dürfen; mithin könnten dies auch seine Erben nicht; und diejenigen Rechte, welche ihnen an den Nachlaß des zuerst verstorbenen parens zustanden, hätten sie bereits bei dessen Nachlaßregulirung ausgeübt.
(Entsch. Bd. 10. S. 198.)

§§. 327 u. 328. 1) Sind die §§. 327 und 328 h. t. in den Landestheilen, wo die Suspension der drei ersten Titel des II. Thls. des A. L. R. noch fortdauert, für suspendirt zu erachten?

Scholtz, welcher früher die Affirmative annahm[1]), ist in neuerer Zeit, unter Mittheilung einer übereinstimmenden Entscheidung des Geh. Ob. Trib. v. 19 Juni 1843, zu der von anderen Rechtslehrern und dem Ob. App. Sen. des K. G. angenommenen, Negative übergetreten, indem er näher ausführt, daß die Vorschriften des Röm. Rechts über diese Materie zweifelhaft und verschiedener Auslegung fähig, daß namentlich diejenigen Rechtslehrer, deren Ansichten die Redaktoren des A. L. R. vielfach gefolgt seien, der durch die §§. 327 und 328 h. t. sanktionirten Ansicht gewesen, und daß Suarez in der Schlußrevision ad h. l. noch besonders die Absicht ausgesprochen, dadurch die gemeinrechtlichen Kontroversen über die Frage, was konferirt werden müsse, zu beseitigen. (Jur. W. 1843. S. 717 ff.)

Bornemann pflichtet dieser Ansicht um so mehr bei, als gerade die älteren Märkischen Juristen und älteren Judikate die Kollationspflicht der donationis simplices annehmen, auch die Lehre von der Kollation schon im gemeinen Rechte ein aus römischen und deutschen Grundsätzen gemischtes Institut sei. (System [2. Ausg.], Bd. 6. S. 172.)

2) Begreift der im §. 328 h. t. gebrauchte Ausdruck: „ausstehende Kapitalien" auch die auf jeden Inhaber lautenden Staatspapiere unter sich?

Das Geh. Ob. Trib. (in dem Erk. v. 19. Juni 1843), und mit demselben Scholtz, bejahen. Zwar sei für die Verneinung angeführt, daß Staatspapiere Papiere au porteur seien, welche das Gesetz (A. L. R. I. 11. §§. 653. 793. u. I. 16. §. 28.) als Zahlungsmittel dem baaren Gelde gleichstelle; allein es walte kein Grund ob, bei dem §. 328 h. t. von der klaren und allgemeinen Bestimmung des A. L. R. I. 2. §. 12. abzugehen, wonach die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, gleich andern Schuldinstrumenten, zum Kapitalsvermögen, im Gegensatze des baaren Geldes, zu rechnen. (Jur. W. 1843. S. 717 ff.)

Bornemann ist derselben Ansicht. (System [2. Ausg.], Bd. 6. S. 173.)

3) Werden remuneratorische Schenkungen, wenn sie in Grundstücken, Gerechtigkeiten oder ausstehenden Kapitalien bestehen, konferirt?

Das Geh. Ob. Trib. hat (in dem Erk. v. 19. Juni 1843) verneint und angenommen, daß die §§. 327 u. 328 h. t. sich nur auf reine Schenkungen im engeren Sinne beziehen. Denn das Institut der Kollation beruhe auf dem Prinzipe einer möglichsten Gleichstellung der Kinder, und der Voraussetzung, daß alle gleichen Anspruch auf die Liberalität ihrer Aeltern hätten, da zu vermuthen, daß die Aeltern keines vor dem andern hätten begünstigen wollen. Diese Präsumtion können bei remuneratorischen Schenkungen nicht eintreten, und es sei also in Bezug auf dieselbe das Verhältniß der Kinder nicht ein gleiches gewesen; die Andern könnten nicht verlangen, vermöge der Kollation Theilnehmer an der Belohnung einer Handlung zu werden, bei welcher sie nicht mitgewirkt hätten. Für diese Ansicht spreche auch die Vorschrift des Röm. Rechts in L. 20. C. de coll., wonach nur donationes simplices zu konferiren. (Jur. W. 1843. S. 767.)

§§. 380. a. und b. und 383. Ist in den Landestheilen, wo die Suspension der drei ersten Titel des II. Theils des A. L. R. fortdauert, eine Erklärung der Aeltern, durch welche die Kollation einer an sich kollationspflichtigen Schenkung ausgeschlossen werden soll, an die in den §§. 383. und 380 a. und b. h. t. vorgeschriebene Form gebunden, oder nicht, und reicht insbesondere eine stillschweigende Erklärung hin?

Das Geh. Ob. Trib. hat (in dem Erk. v. 19. Juni 1843) die Form der §§. cit. nicht für erforderlich, dagegen aber eine bloß stillschweigende Erklärung nicht für ausreichend erachtet, indem es auf den §. VII. des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794 Bezug nimmt, und ausführt, daß nach Röm. Recht (Nr. 18. c. 6.) die ausdrückliche Erklärung des Erblassers, er wolle die Kollation ausgeschlossen wissen, genüge, mithin auch die schriftliche Erklärung des Erblassers

[1]) Vergl. Zus. 2. ad h. l., (Ergänz. Bd. 3. S. 334.)

ausreichend sein müsse, wogegen die Frage, ob auch eine stillschweigende Erklärung der Aeltern ausreiche, gemeinrechtlich kontrovers und deshalb der landrechtlichen Vorschrift, oder doch der dieser am nächsten kommenden Meinung, der Vorzug gebühre.

(Jur. W. 1843. S. 765 ff.)

§§. **391** sqq. Ueber die Frage: ob der den Kindern von Kolonaten (in Westphalen) gebührende Brautschatz zugleich der Pflichttheil sei? vergl. Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Paderborn v. **29.** März **1844.** (Ulrich, Bd. 10. S. 188.)

§§. **457—460** u. Anh. §. **92. 1)** Vergl. Zus. zum A. L. R. II. 1. §. 18. (Oben S. 176.)

2) Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **52** u. **119.**

Anh. §. **93.** Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., a. a. O.

Neunter Abschnitt.

Von den aus unehelichem Beischlaf erzeugten Kindern.

Bornemann, System. Darstellung des Preuß. Civilrechts, (2. Ausg.) Bd. 5. S. 312—377.

§§. **592** sqq. Ueber die Frage: ob derjenige, welcher zwar in der Ehe geboren, aber vor der Ehe erzeugt ist, berechtiget ist, die Aufnahme in das Erbfälzer-Kollegium zu N. zu fordern? vergl. die Erk. des Civil-Sen. des O. L. G. zu A. v. **17.** Juni **1842,** des II. Sen. des O. L. G. zu M. v. **28.** Nov. **1843** u. des Geh. Ob. Trib. (Datum konstirt nicht.)

(Jur. W. 1844 S. 419 ff. u. 1845 S. 368 ff.)

Anh. §. **94.** Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **53** u. **119.**

§. **596. 1)** Das C. R. des K. Justizmin. v. **18.** März **1839** bringt, in Verfolg des C. R. v. **22.** Oct. **1838** [1]), nachstehendes C. R. der K. Min. der G., U. u. M. Ang. (an sämmtl. Reg. u. Konsistorien) zur Kenntniß der Gerichtsbehörden:

Bei Befolgung des Erlasses v. 5. Oct. 1838 [2]), die von den Geistlichen zu befördernde Feststellung der Vaterschaft hinsichtlich solcher unehelichen Kinder, deren Mutter sich späterhin verheirathet, betreffend, ist bisweilen die gesetzliche Vorschrift außer Acht gelassen worden, nach welcher Personen, die nicht schreiben und Geschriebenes lesen, oder auch nur ihren Namen schreiben können, behufs rechtsverbindlicher Vollziehung der Verhandlung eines Schreibebeistandes bedürfen.

Zur Abstellung dieses Mangels hat die K. Reg. sämmtliche Geistliche ihres Bezirks nachträglich dahin anzuweisen, daß sie in Zukunft bei der in Rede stehenden Vernehmung des Bräutigams über die Vaterschaft stets die Vorschriften der A. G. O. Thl. I. Tit. 10. §. 129, namentlich aber die §§. 68 ff. des Anh. zu derselben, genau befolgen, und sich nicht damit begnügen, selbst den Kreuzen des Unterzeichnenden dessen Namen beizufügen. (Justizmin. Bl. 1839. S. 119 u. 120.)

2) Genügt die Trauung allein, um einem früher von der Ehefrau geborenen Kinde die Rechte eines per subsequens matrimonium legimirten beizulegen?

Der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau (Datum des Erk. konstirt nicht) verneint und führt aus, daß der §. 596 h. l., wie der gebrauchte Ausdruck: „Schwängerer" ergebe, voraussetze, daß der Heirathende auch wirklich der Schwängerer sei.

(Koch, Schles. Archiv Bd. 5. S. 208.)

§§. **612** sqq. Koch führt aus, daß nur die Vaterschaft der Grund und die Quelle der Rechte eines unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger und auf dessen Nachlaß sei.

(Koch, Schles. Archiv Bd. 5. S. 185 ff.)

Anh. §. **95.** Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **53** u. **120.**

§§. **619** u. **620. 1)** Koch führt aus, daß der Anspruch, welchen ein uneheliches Kind gegen solche Mannspersonen hat, welche neben einander mit der Mutter in der Zeit der Erzeugung zugehalten haben, ein Entschädigungsanspruch dafür sei, daß dadurch die Ausmittelung des Vaters unmöglich gemacht sei. (Koch, Schles. Archiv Bd. S. 5. 187 ff.)

2) Köchling (St. G. R.), über die Wirkung und den Beweis der exceptio plurium stupratorum nach den Vorschriften des gemeinen Rechts und der Nassauischen Landes-

---

[1]) Vergl. Zus. 2. ad h. l., (Ergänz. Bd. 3. S. 368.)

[2]) Vergl. ebendas.

ordnung (welche nach §. 4 des Publ. Pat. v. 21. Juni 1825 im Siegenschen zur Anwendung kommt.) (Ulrich, Bd. 10. S. 597.)

§. 622. Geht mit der Verpflichtung der Großältern väterlicher Seite, für den Unterhalt und Erziehung des unehelichen Kindes zu sorgen, wenn der Vater dazu nicht vermögend ist, auch das Recht des natürlichen Vaters, nach zurückgelegtem vierten Jahre des Kindes, dessen Verpflegung und Erziehung selbst zu besorgen, auf die Großeltern über?[1])

Das Geh. Ob. Trib. hat per sent. v. 28. Juni 1842 bejahet. In dem im §. 622 h. t. gebrauchten Ausdrucke: „selbst zu besorgen", liege offenbar nur der Gegensatz zu dem Ausdrucke: „der Mutter", und es könne daraus nicht gefolgert werden, daß dieses Recht an die Person des Vaters habe geknüpft werden sollen; auch ergebe der im §. 628 h. t. gebrauchte Ausdruck: „solchergestalt", daß dem Großvater freistehe, die Verpflegung und Erziehung in gleicher Art, wie der Sohn, zu bewirken, mithin auch mit dem Rechte der eigenen Naturalverpflegung nach erreichtem vierten Lebensjahre. (Entsch. Bd. 8. S. 335.)

§. 628. Tritt die den Großältern väterlicher Seite subsidiarisch auferlegte Verpflichtung zur Alimentation unehelicher Kinder für die Aeltern, insbesondere auch für die Mutter des Schwängerers, auch in dem Falle ein, wenn dieser selbst außerehelich geboren ist?[2])

a) Der Civil-Sen. des O. L. G. zu Marienwerder bejahet in dem Erk. vom 21. Mai 1844, weil der §. 628 h. t. keine Beschränkung in Betreff der Alimentationspflicht enthalte, auch die Befreiung unehelicher Großältern damit nicht ausgesprochen sei, daß ein uneheliches Kind nach den Gesetzen nicht in die Familie des unehelichen Vaters trete; denn wäre dies, so würde auch der uneheliche Vater nicht das uneheliche Kind ernähren dürfen.
(Entsch. Bd. 10. S. 390.)

b) Das Geh. Ob. Trib. verneint in dem Erk. v. 10. Jan. 1845, indem es ausführt, daß uneheliche Kinder weder in die Familie ihres Vaters, noch ihrer Mutter treten, und daß zwischen ihnen und den Verwandten beiderlei Aeltern kein Intestaterbrecht statt finde (§§. 639. 645. 660 h. t.), woraus folge, daß zwischen einem unehelichen Kinde und seinen Aeltern nur sehr beschränkte Familienverhältnisse existirten, und andere, als in den Gesetzen ausdrücklich bezeichnete Ansprüche aus denselben nicht erhoben werden könnten. Die Pflicht ex §. 628 h. t. könne daher nur Rücksichts des unehelichen Kindes eines ehelichen Sohnes seiner Aeltern verstanden werden. Der Ausdruck Großältern zeige auch, daß das Gesetz eine dauernde Verbindung zwischen denselben, also eine Ehe, vorausgesetzt habe. (Entsch. Bd. 10. S. 391.)

§. 629. Ist der mütterliche Großvater eines unehelichen Kindes mit für die Kosten des Schwängerungs-Prozesses verhaftet?

Das Justizministerium hat

a) bejahet in dem R. v. 11. Juni 1827.
(Zus. 4. zu §§. 628—630 h. t., Ergänz. Bd. 3. S. 389.)

b) Dagegen verneint dasselbe in dem R. v. 24. März 1843.

Das K. O. L. G. erhält hierbei eine Beschwerde des L. u. St. G zu M. v. 18. d. M., die Einziehung von Kosten betreff., mit dem Eröffnen, daß der Justizminister der darin entwickelten Ansicht beitreten muß.

Der Sch. hat gemeinschaftlich mit seiner Tochter den Ortsrichter B. als Schwängerer belangt. Durch rechtskräftiges Erkenntniß sind die Kosten des Prozesses den Klägern, also dem Vater und seiner Tochter, auferlegt worden. Es folgt daraus, daß der Vater auch für die Kosten verhaftet ist. Wenn das K. O. L. G. dagegen anführt, daß derselbe bei dem Prozesse blos als natürlicher Vormund seiner Tochter aufgetreten sei, so steht dies einestheils der rechtskräftigen Entscheidung nicht entgegen, kann aber auch andrerseits nicht einmal als richtig anerkannt werden, da der Vater bei dem Ausgange des Prozesses auch für seine Person wesentlich betheiligt ist, indem ihm nach §. 628.[3]) Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. in subsidium die Alimentation des Kindes obliegt. Der Vater ist vielmehr als Litis-Konsorte seiner Tochter zu betrachten und muß für die Kosten des Prozesses umsomehr aufkommen, als es lediglich von seiner Prüfung abhing, ob er den Verklagten als Schwängerer seiner Tochter in Anspruch nehmen wollte. ꝛc.
(Centralbl. 1843. S. 366.)

---

[1]) Vergl. Zus. 5. zu §§. 621—624 h. t. (Ergänz. Bd. 3. S. 385.)
[2]) Vergl. Zus. 13. zu §§. 628—630 h. t. (Ergänz. Bd. 3. S. 393.)
[3]) Hier scheint irrthümlich der §. 628 statt des §. 629 allegirt zu sein.

§. **640** u. Anh. §. **96**. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **53** u. **120**.

§§. **651—661**. In der Kurmark ist nach den Grundsätzen des Röm. Rechts dem außer der Ehe geborenen Kinde das Erbrecht gegen die Mutter und ihre Blutsverwandten um deswillen, weil es aus einem Incest abstamme, nicht abzusprechen.

(Erk. des Stadtger. zu Berlin v. 26. Oct. 1841, des Ob. App. Sen. des K. G. v. 26. Aug. 1842 und des Geh. Ob. Trib. [Datum konstirt nicht] Entsch. Bd. 9. S. 396.)

§. **652** u. Anh. §. **97**. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **54** u. **120**.

§. **654** u. Anh. §. **98**. 1) Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **54** u. **120**.

2) Ist das Anerkenntniß der Vaterschaft eines unehelichen Kindes an eine bestimmte Form gebunden, wennn dadurch ein Erbrecht erwirkt werden soll? [1])

Koch nimmt die Negative an und sucht auszuführen, daß das freiwillige Anerkenntniß des Erzeugers ein bloßes Beweismittel für die Vaterschaft und deshalb auch mündlich und stillschweigend von Wirkung sei. (Koch, Schles. Arch. Bd. 5. S. 194 ff.)

§. **656** u. Anh. §. **99**. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **54. 55.** u. **120**.

Zehnter Abschnitt.

Von der Annahme an Kindesstatt.

Dr. Bornemann, System. Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 5. S. 378—385.

§. **667** u. Anh. §. **100**. 1) Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **55.** u. **120**.

2) K. O. v. **16.** Dec. **1843** (mitgetheilt durch das R. v. **19.** ej. m.), betr. die Auslegung des §. **100** des Anh. zum A. L. R.

Einverstanden mit Ihrer in dem Ber. v. 18. v. M. entwickelten Ansicht bestimme Ich hiermit zur Beseitigung der, über die Auslegung des §. 100 des Anh. zum §. 667. Tit. 2. Thl. II. des A. L. R. von dem O. L. G. zu Marienwerder angeregten Bedenken, daß in allen Fällen, in denen ein Adliger einen Bürgerlichen ohne Mittheilung des Adels und Wappens adoptiren will, die Bestätignng des Adoptions-Vertrages von Seiten des Landes-Justiz-Kollegiums für genügend zu achten ist.

(Justizmin. Bl. 1843. S. 306.)

§. **694** u. Anh. §. **101**. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh. S. **55.** u. **120**.

§. **703** u. Anh. §. **102**. Vergl. ebendas., S. **55. 56.** u. **120**.

Eilfter Abschnitt.

Von der Einkindschaft.

Dr. Bornemann, System. Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 6. S. 251—263.

§. **719** u. Anh. §. **103**. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. **56** u. **120**.

§. **721**. In wiefern bedarf es bei Einkindschafts-Verträgen der Zuziehung eines Protokollführers?

Das Geh. Ob. Trib. nimmt (in dem Erk. v. **17.** Oct. **1842**) an, daß solche nur dann erforderlich sei, wenn der Vertrag kein bloßer einfacher Einkindschaftsvertrag ist, sondern zugleich direkte Bestimmungen über die Erbfolgerechte enthält, und solche anders festsetzt, als sie nach dem Gesetze aus der konstituirten Verbindung folgen. (Jur. W. 1845. S. 835.)

§. **726**. Muß die Bestimmung des §. **726** h. t. sub poena nullitatis inne gehalten werden?

Es verneinen das O. L. G. zu Hamm per sent. v. **28.** Febr. **1837** u. das Geh. Ob. Trib. per sent. v. **29.** Jan. **1838**. Der §§. **726** h. t. sei mit dem §. **724** h. t. in Verbindung zu setzen, nach welchem die Prüfung: ob den zu unirenden Kindern die Einkindschaft zuträglich sei, die Hauptvorschrift ausmache; dieser Fall könne aber eintreten, wenn auch der bestimmte Voraus geringer sei; es sei folglich der Inhalt des §. **726** h. t. nur für eine,

---

[1]) Vergl. Zus. 2 ad h. l. (Ergänz. Bd. 3. S. 400.)

dem Richter einen Anhaltspunkt für sein Arbitrium gebende, Vorschrift zu achten. Ueberdieß sei bei den Bestimmungen des A.L.R. über Beurtheilung der Zulässigkeit eines Einkindschafts-Vertrages auf die besonderen Verhältnisse, welche die eheliche Gütergemeinschaft hervorbringe, keine nähere Rücksicht genommen, weshalb das richterliche Arbitrium sich auch auf diese stützen und eine Modifikation der Vorschrift des §. 726 h. t. zugleich in jenen eine Rechtfertigung finden könne. (Ulrich, Bd. 8. S. 558 ff.)

Zwölfter Abschnitt.

Von Pflegekindern.

Dr. Bornemann's System. Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 5. S. 385—389.

Anh. §. 104. Vergl. Löwenberg's Material. des Anh., S. 56 u. 120.

Dritter Titel.

Von den Rechten und Pflichten der übrigen Mitglieder einer Familie.

Dr. Bornemann, System. Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 2. S. 207—210.

§§. 14 u. 15. Dekl. der die Alimentationspflicht der Verwandten betr. §§. 63 u. 251. Tit. 2. u. §§. 14. 15. Tit. 3. Thl. II. des A. L. R., v. 21. Juli 1843. (G. S. 1843. S. 296, f. zum A. L. R. II. 2. §. 63, oben S. 190.)

Vierter Titel.

Von gemeinschaftlichen Familienrechten.

Dr. Bornemann, System. Darstellung des Preuß. Civilrechts (2. Ausg.), Bd. 5. S. 2—11. u. Bd. 6. S. 355 – 388.

Zweiter Abschnitt.

Von Familienstiftungen.

Temme, über den Begriff und die rechtliche Natur der Familienstiftungen. (Jur. W. 1845. S. 436.)

§§. 21 sqq. 1) Ueber den Unterschied zwischen Familienstiftungen und Familienfideikommissen bemerkt Temme, wie sich solcher aus den §§. 21 u. 22 h. t. in Verbindung mit §. 23 h. t. dahin ergebe, daß alle andere beständige Nutzungen und Vorrechte zum Besten einer Familie, als welche in dem Eigenthum von nutzbaren Grundstücken oder Kapitalien, deren beständige Nutzungen bestimmten Familienmitgliedern in der Art zu Gute kommen, daß der Nutzungsberechtigte jedesmal zugleich nutzbarer Eigenthümer des im Obereigenthum der Familie befindlichen Grundstückes oder Kapitals ist, die Nutzungen vermöge seiner Eigenschaft als nutzbarer Eigenthümer bezieht (Familienfideikommisse) als Familienstiftungen zu erachten seien. (Jur. W. 1845 S. 745.)

2) Steht den Familienstiftungen die Eigenschaft einer moralischen Person zu?

Es bejahet die (durch das R. v. 23. Sept. 1845 mitgetheilte) K. O. v. 23. Mai 1845.

Auf den Ber. des Staats-Min. v. 12. d. M. erkläre Ich Mich mit der darin entwickelten Ansicht einverstanden, daß eine Familienstiftung durch ihre in vorschriftsmäßiger Form erfolgte Errichtung von selbst, ohne daß es einer besonderen Verleihung bedarf, die Eigenschaft einer moralischen (juristischen) Person erlangt, und als solche, soweit der Zweck der Stiftung es erfordert, Rechte auf ihren Namen zu erwerben befähigt ist.

Das R. v. 23. Sept. 1845 theilt zugleich die Motive der hiernach von dem Staats-Ministerium geltend gemachten Ansicht mit. (Justizmin. Bl. 1841 S. 178—181.)

Vergl. gegen diese Ansicht Temme in der Jur. W. 1845 S. 747.

§. 35. Findet der §. 35 h. t. auf Familien-Fideikommisse Anwendung?

Es verneinen das Märkische Berggericht zu Bochum per sent. v. 10. Oct. 1838 und das Geh. Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) aus der Stellung und dem Inhalte des §. cit. (Ulrich, Bd. 11. S. 199 u. 213.)

§. 38. Verfügungen, betr. die Aufsicht des Staates über Familienstiftungen.[1])

1) R. v. 5. März 1841. Das C. R. v. 26. Aug. 1809 hat auf Veranlassung der durch die V. v. 26. Dec. 1808 veränderten Verfassung der Provinzialbehörden nur die Entscheidung der Frage zum Gegenstande gehabt:

ob die Oberaufsicht des Staats über Familienstiftungen und die Verwaltung des Vermögens derselben, insofern überhaupt dabei eine öffentliche Behörde zu konkurriren hat, den Verwaltungs- oder den Justiz- und vormundschaftlichen Behörden zustehe?

aber nichts über die Kompetenz der Behörden bestimmt, welche die Verwaltung zu übernehmen und die unmittelbare Aufsicht zu führen haben. Diese Kompetenzfrage ist daher nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden, deren Abänderung nicht beabsichtigt worden ist. Dies geht aus einem an das K. O. L. G. zu Königsberg erlassenen R. v. 16. Juli 1809 hervor, worin es heißt:

„Die Oberaufsicht über Familienstiftungen und auch ihre Verwaltung — insofern es stiftungsmäßig überhaupt einer Verwaltung durch öffentliche Behörden bedarf — soll von Unserm Justiz-Ministerium abhängen und in Absicht Eures Departements Euch und den sonstigen kompetenten Justizbehörden, welche die Akten schon haben, resp. verbleiben und übertragen werden."

Im Einklange hiermit ist auch in den R. v. 10. Febr. 1816 und 14. Febr. 1818 (Jahrb. Bd. 7. S. 8 u. Bd. 11. S. 9) hinsichtlich der unter unmittelbarer Aufsicht und Verwaltung der Magistrate und Untergerichte stehenden Familienstiftungen den Obergerichten nur die durch Einforderung von Tabellen und sonst zu führende Oberaufsicht und die Kontrolle zur Pflicht gemacht.

Das A. L. R. verweist die Prüfung, Verlautbarung und Bestätigung der über eine Familienstiftung zu errichtende Urkunde in den §§. 29—31. Tit. 4. Th. II. vor den persönlichen Richter des Stifters, also vor das Untergericht des Wohnortes des Stifters, wenn derselbe zu den Nichteximirten gehört. Diese Prüfung und Bestätigung ist ein Theil des Aufsichtsrechts des Staats, welches von den Vormundschaftsbehörden zu üben ist, so weit es sich um eine Theilnahme an der Verwaltung oder Aufbewahrung des Stiftungsvermögens und um eine festgesetzte Kontrolle der stiftungsmäßigen Verwaltung handelt. Die Kompetenz der Vormundschaftsbehörde kann sich daher ebenfalls nur nach dem persönlichen Gerichtsstande des Stifters richten. Je nachdem derselbe zu den Eximirten gehört oder nicht, hat das Pupillen-Kollegium der Provinz im ersten Falle die unmittelbare Aufsicht und Verwaltung, so weit es derselben bedarf, im zweiten Falle nur die Oberaufsicht über das Untergericht zu führen, sofern nicht besondere Anordnungen des Stifters eine Abweichung bedingen. Diese Grundsätze finden ihre Bestätigung in dem G. v. 15. Febr. 1840, welches im §. 2 ausdrücklich den persönlichen Richter des Stifters als Fideikommißrichter bezeichnet und rücksichtlich der Familienstiftungen im §. 20 hierauf verweist. Hiernach erlediget sich das R. v. 12. Aug. 1836. (Justizmin. Bl. 1841. S. 117.)

2) Das C. R. v. 20. Juli 1841 theilt dem K. G. und sämmtlichen O. L. Gerichten die Ansichten des Justizministeriums über den Erlaß einer Verordnung zur Feststellung der Gränzen der Aufsicht und Einwirkung auf Familienstiftungen mit, und fordert darüber deren gutachtliche Aeußerungen nebst Vorschlägen. (Justizmin. Bl. 1841. S. 241 ff.)

3) Es wurde dem K. Staatsministerium hiernächst durch K. O. v. 9. Nov. 1843 der Auftrag ertheilt, die Frage wegen der Ober-Aufsicht über diejenigen Familienstiftungen, welche sich nicht bloß auf das Privat-Interesse der Familie, sondern auch auf gemeinnützige Zwecke beziehen, bei Gelegenheit der bereits früher durch die K. O. v. 7. Juni 1841 angeordneten

---

[1]) Vergl. Zus. II. ad h. l. (Ergänz. Bd. 3. S. 439 ff.)

legislativen Berathung wegen Ausübung der Ober-Aufsicht über Familienstiftungen überhaupt in besondere Erwägung zu ziehen.

Das K. Staatsministerium berichtete hierüber unterm 23. Dec. 1844 und kommt in seinem Berichte zu folgendem Resultate:

Allem Gesagten zufolge haben wir uns über folgende Verwaltungsgrundsätze, die jedoch auch nur als solche zu betrachten und nicht zu legislativer Anordnungen angethan sind, geeiniget:

I.

Bei allen Stiftungen, und zwar bei den reinen Familienstiftungen sowohl, als bei den gemischten, selbst aber auch bei denen, die keine bestimmte Familieninteressen, sondern nur öffentliche Zwecke ins Auge fassen, ist zunächst auf den Willen des Stifters und die von ihm getroffenen Anordnungen Rücksicht zu nehmen.

II.

Die Behörde oder Korporation, welcher hiernach die Verwaltung einer Stiftung oder die Aufsicht über eine solche Verwaltung überwiesen ist, steht in diesem Betracht unter keiner andern Ober-Aufsicht als derjenigen, worunter sie nach den organischen Staats-Einrichtungen ohnedies steht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob bei den einer verwaltenden Behörde oder Korporation überwiesenen Stiftungen gewisse Familien besonders interessirt sind, oder bei den einer Gerichtsbehörde überwiesenen Stiftungen öffentliche Zwecke verfolgt werden. Vielmehr ist im ersten Falle den Familien die Wahrnehmung ihrer Interessen, der betr. Verwaltung gegenüber, zu überlassen, und im andern Falle die Wahrnehmung des öffentlichen Interesse als den Gerichten anvertraut zu betrachten.

III.

Kann die Sache nicht als durch den Willen des Stifters entschieden betrachtet werden, entweder, weil darüber nichts Bestimmtes vorliegt, oder weil veränderte Ressort-Verhältnisse eine neue Anordnung nöthig machen, so ist als Grundsatz anzuerkennen, daß die Wahrnehmung jedes öffentlichen Interesse der Verwaltung, die Wahrnehmung des Interesse der Familie, — sofern diese überhaupt als unter einer Ansicht stehend zu denken, — dem Gerichte vorbehalten bleiben müsse. Treffen Familien-Interessen und öffentliche Interessen zusammen, wie dies bei allen gemischten Familienstiftungen der Fall ist, so kann wegen der mannigfaltigen Verschiedenheit der Fälle keine durchgreifende Regel gegeben werden, sondern die Angelegenheit muß in jedem einzelnen Falle, durch ein Benehmen der höchsten Verwaltungs-Chefs mit einander, ihre Erbebedingung finden.

Eure K. Maj. bitten wir ꝛc. diesen Verwaltungsgrundsätzen, als solchen, wonach in vorkommenden Fällen zu verfahren, ohne daß es für jetzt eines Weitern bedarf, die Allerh. Zustimmung zu ertheilen. ꝛc.

Im Uebrigen ist nicht unsere Absicht, von Amtswegen rücksichtlich der einmal bestehenden Einrichtungen weiter einzuschreiten, sondern die Angelegenheit in dem Zustande, worin sie sich befindet, zu belassen, und abzuwarten, bis sich wieder eine Differenz erhebt, welche alsdann nach den vorentwickelten Grundsätzen zu erledigen sein wird.

Uebrig geblieben ist uns, auf den Gesetz-Entwurf wegen der richterlichen Ober-Aufsicht über Familien-Stiftungen zurückzukommen. Wenn derselbe schon aus dem Grunde Widerspruch gefunden hatte, weil er eine gewisse Einwirkung der Behörden in einer Allgemeinheit vorschreiben mußte, wie sie in dem bestehenden Gesetze nicht angeordnet ist, so liegen nach demjenigen, was über die Ressortverhältnisse gesagt worden, noch andere Momente vor, welche uns bestimmen müssen, davon abzurathen. Die bei Weitem überwiegende Mehrzahl der Familienstiftungen ist nämlich, soweit die Behörden davon Kenntniß erhalten haben, gemischter Natur. Bei diesen gemischten Stiftungen macht unter allen Umständen das konkurrirende öffentliche Interesse irgend eine Ober-Aufsicht und amtliche Einwirkung nothwendig. Soll nun der Familie in den Fällen, wo sie etwa unter eine mehr als gesetzliche amtliche Einwirkung gestellt worden, eine freiere Bewegung eingeräumt werden, so tritt wegen des konkurrirenden öffentlichen Interesse, sofort eine Spaltung der Gewalten ein, die schon bei der ersten Abstimmung in den Anträgen wegen Zuordnung eines Kurators sich kund gab. Man kann der Familie keine freie Bewegung gestatten, wenn ein öffentliches Interesse bei ihren Einrichtungen auch nur subsidiarisch konkurrirt. Endlich aber ist die durch den §. 20 des G. v. 15. Febr. 1840 getroffene Anordnung, welche jedenfalls die Familienschlüsse sehr erleichtert, noch so neu, daß die davon zu erwartende Erfolge abzuwarten sein dürften. Da die richterliche Einwirkung, welche im A. L. R. nicht angeordnet ist, da, wo sie etwa bei reinen Familienstiftungen stattfinden sollte, wie oben angeführt, nur durch die Gewalt der Umstände hervorgerufen sein kann, so liegt in einem Familienschlusse jedenfalls ein Mittel, die freiere Bewegung nach innen und nach außen hin möglich zu machen, und wir müssen sehr bevorworten, einem ferneren legislativen Einschreiten für jetzt noch Anstand zu geben.

Eure K. Maj. bitten wir daher ꝛc. es bei den über die Ressortverhältnisse gefaßten Beschlüssen einstweilen bewenden zu lassen, und von legislativen weiteren Anordnungen wenigstens für den Augenblick abzusehen.

Hierauf erging die K. O. v. 3. Jan. 1845:

Auf den Bericht des Staatsminist. v. 23. v. M. will Ich hierdurch genehmigen, daß von dem Erlasse

einer V. wegen Ausübung der Ober-Aufsicht über Familienstiftungen Abstand genommen und bei Behandlung der Stiftungen nach den vom Staatsminist. unter I. II. u. III. vorgeschlagenen Grundsätzen, als Verwaltungsnormen, verfahren werde. — Mit Abänderungen der, bei den einzelnen Stiftungen gegenwärtig bestehenden Einrichtungen nach Maßgabe dieser Grundsätze ist jedoch nicht sofort von Amtswegen, sondern erst dann vorzuschreiten, wenn sich dazu ein besonderer Anlaß ergiebt.
(Justizmin. Bl. 1845. S. 26—31.)

§§. 42—46. Dr. Löwenberg, über Familienschlüsse bei Familienfideikommissen, Familienstiftungen und Lehnen. (In dessen Beiträgen zur Kenntniß der Motive des Preuß. Gesetzb., Bd. 1. Nr. XIII. S. 462 ff.)[1]

Dritter Abschnitt.

Von beständigen Familien-Fideikommissen.

Hellfeld, de fideicommissis familiarum illustrium eorumque jure si alien. Jen. 1779. Koch, Lehrb. des Preuß. gem. Privatrechts, Bd. I. S. 484—496.

Ueber den Einfluß der Einführung der Französischen Gesetzgebung auf die in dem vormaligen Großherzogthum Berg bereits bestehenden Familien-Fideicommisse, vergl. Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 25. März 1833. (Entsch. Bd. 1. S. 279 ff.)

§§. 72 sqq. Können die durch die Stiftungsurkunden zum Familien-Fideikommiß-Kuratorium berufenen Anwärter der nächsten Linien für den Fall, daß sie minorenn sind, den bestätigten Familienschlüssen gemäß bevormundet und durch deren Kuratoren vertreten werden?

Das R. v. 18. Mai 1839, welches die Affirmative annimmt, motivirt dies in folgender Art:

Es ist allerdings richtig, daß Minderjährige weder zu Vormünder, noch zu Kuratoren bestellt werden können; A. L. R. II. 18. §§. 131 u. 956. Dieser Grundsatz leidet jedoch auf den vorliegenden Fall keine Anwendung.

Bei Fideikommissen befindet sich das Obereigenthum bei der ganzen Familie; a. a. O. Tit. 4. §. 73. Es sind daher alle Mitglieder derselben, auch die minderjährigen und binnen 302 Tagen zur Weltkommenden, zu dem Fideikommiß als berechtigt anzusehen. Sie müssen bei Verfügungen über die Substanz zugezogen, die minderjährigen, unter väterlicher Gewalt stehenden und binnen jener Frist zur Welt kommenden aber durch Vormünder vertreten werden; ebendas. §§. 76 flg. 41 ff.

Ausnahmsweise bedarf es zu bestimmten Verfügungen über das Fideikommiß nicht der Zuziehung aller Mitglieder der Familie, sondern nur der nächsten Anwärter; ebendas. §§. 87 flg. 118. 128. und es unterliegt keinem Bedenken, daß in diesen Ausnahmsfällen das Gesetz die Rechte sämmtlicher Interessenten durch die Erklärung der Anwärter für hinreichend gesichert annimmt. Nichts desto weniger läßt das Gesetz auch in diesen Fällen die Vertretung der nächsten Anwärter, sofern sie minderjährig sind, durch ihre Vormünder zu; ebendas. §. 91.

Hierin ist keinesweges die Uebertragung eines Mandats oder einer Kuratel auf die minderjährigen Anwärter zu finden. Sie selbst sind bei der Sache interessirt, ihre Vormünder nehmen daher auch zunächst ihre Gerechtsame wahr, und nur dadurch, daß das Gesetz die Zuziehung dieser nächsten Anwärter für zureichend und die Rechte der übrigen Interessenten dadurch für gewahrt erachtet, werden sie oder vielmehr ihre Vormünder indirekt Vertreter der übrigen Betheiligten.

Unstreitig sind die Mitglieder der Familie befugt, durch Familienschlüsse die gesetzlichen Vorschriften in der Art zu ändern, daß entweder für einzelne Fälle, wo das Gesetz die Zuziehung aller Interessenten erfordert, die Bestimmung einiger derselben für hinreichend erklärt, oder die Dispositionsbefugniß des Fideikommißbesitzers, welche ihm in bestimmten Fällen nach dem Gesetz unbeschränkt zustehen würde, an die Einwilligung der Anwärter gebunden wird. Auch in diesen Fällen nehmen diejenigen Interessenten, deren Zustimmung für genügend oder beziehungsweise nothwendig erklärt ist, zunächst ihre eigene Gerechtsame wahr, und müssen in dieser Beziehung, wenn sie minderjährig und eben deshalb nicht etwa durch rechtsgültige Anordnungen ausgeschlossen sind, durch ihre Vormünder vertreten werden; der Umstand aber, daß die übrigen Interessenten durch deren Erklärung gebunden sind, begründet auch hier eben so wenig eine Kuratel, als eine solche vorhanden ist, wo das Gesetz die Zuziehung der nächsten Anwärter erfordert. (Justizmin. Bl. 1839. S. 181.)

§. 76. K. O. v. 28. Juli 1842, betr. die Suspension der Bestimmungen des §. 5 des Ed. v. 9. Oct. 1807, so weit durch dieselben den Lehns- oder Fideikommißbesitzern die Vererb-

---

[1] Diese Abhandlung theilt die Motive des G. v. 15. Febr 1840 über Familienschlüsse bei Familien-Fideicommissen Familienstiftungen und Lehnen mit.

pachtung des Vorwerkslandes oder einzelner Pertinenzien von Lehn- oder Fideikommißgütern ohne Zustimmung des Lehn-Obereigenthümers, der Lehn- oder Fideikommißfolger gestattet ist.
(G. S. 1842 S. 242. s. zum A. L. R. I. 18. Bd. 2. S. 364.)

§. 126. Ueber die Verhaftung eines mit einem Geldfideikommisse beschwerten Grundstückes für die Zinsen in dem Falle, wenn über die Verzinslichkeit in dem Stiftungsbriefe nicht ausdrücklich stipulirt worden, vergl. das Erk. des Geh. Ob. Trib. v. 3. Dec. 1842.
(Entsch. Bd. 8. S. 337—341, s. zum A. L. R. I. 20. §. 411, Ergänz. Bd. 3. S. 551.)

Vierter Abschnitt.

Von der Sukcessions-Ordnung in Familien-Fideikommisse.

§. 134. Bei der Sukcession im gemeinrechtlichen Fideikommisse entscheidet das Verwandtschaftsverhältniß zum letzten Besitzer.
(Erk. des Märkisch. Berggerichtes zu Bochum v. 10. Oct. 1838, des Civ. Sen. des O. L. G. zu Hamm v. 9. Juli 1839 u. des Geh. Ob. Trib. [Datum konstirt nicht], Ulrich, Bd. 11. S. 197—215.

Fünfter Titel.

Von den Rechten und Pflichten der Herrschaften und des Gesindes.

Für Neu-Vorpommern und das Fürstenthum Rügen ist die Gesinde-Ordnung v. 8. Nov. 1810 einer Umarbeitung unterworfen und für diese Landestheile in der modificirten Gestalt unterm 11. April 1845 emanirt worden. (G. S. 1845 S. 391 ff.)

Zur Gesinde-Ordnung v. 8. Nov. 1810.

A. H. Kiehl, die allgem. Preuß. Gesindeordnung, mit ihren wesentlichen Ergänzungen und Erläuterungen. 8. Soest. 1844.

G. M. Kletke, das Preuß. Gesinde-Recht. Eine vollständige systematisch geordnete Sammlung aller in polizei. u. juristisch. Hinsicht auf dasselbe sowohl, als auf die Rechtsverhältnisse der Hausoffizianten, Erzieher, Erzieherinnen und Privat-Sekretaire, sowie der Lohnbedienten, Schäfer und Schäferknechte, Tagelöhner und Instleute Bezug habenden gesetzlichen Bestimmungen. 8. Berlin. 1844.

Zu §§. 1. 22. 23. 45. 46 u. 47. R. des K. Min. des J., Abth. II., v. 10. Juli 1845. Nach der im §. 1 der Ges. O. v. 8. Nov. 1810 gegebenen Erklärung ist es unzweifelhaft, daß Hirten, welchen die Leistung gewisser wirthschaftlicher Dienste auf eine bestimmte Zeit gegen einen dafür zu erhaltenden bestimmten Lohn zur Pflicht gemacht wird, zur Kategorie der Dienstboten oder zum Gesinde zu rechnen sind. Es greifen daher hinsichtlich der Dienstannahme derselben auch die Bestimmungen der Ges. O. §§. 22. 23. 45. 46 u. 47 Platz, und sind demnach zur Abschließung eines solchen Kontrakts-Verhältnisses nicht schriftliche Verträge nothwendig, sondern es vertritt die Stelle derselben die Annehmung des Miethsgeldes.
(Min. Bl. d. i. V. 1845 S. 221. Nr. 237.)

Zum §. 77. R. der K. Min. der J. u. des J. v. 12. Juli 1845. Aus der Bestimmung des §. 77 der Ges. O. folgt nur, daß die Gerichtsbehörden solche Klagen des Gesindes, aus denen sich das Vorhandensein der Voraussetzungen des §. 77 cit. mit Sicherheit entnehmen läßt, durch Verfügung zurückweisen; solche Klagen des Gesindes dagegen, aus welchen die Inkompetenz des Gerichts nicht klar erhellt, einleiten und durch Erkenntniß darüber befinden müssen, ob die Voraussetzungen des §. 77 cit. vorhanden sind.
(Min. Bl. d. i. V. 1845 S. 221. Nr. 236.)

Zum §. 86. Ist der Dienstherr verpflichtet, für die Kur und Verpflegung eines Dienstboten zu sorgen, wenn dieser sich eine Krankheit bei Gelegenheit des Dienstes dadurch zuzieht, daß er gegen die Anweisung des Dienstherrn handelt?

Es verneinen:

a) der II. Sen. des O. L. G. zu Paderborn (Datum des Erk. konstirt nicht); denn wenn gleich der §. 86 der Ges. O. sehr allgem. laute, so könne er doch nicht so verstanden werden, daß die Vorsorge für jede Krankheit während der Dienstzeit der Herrschaft obliege, sondern die Verbindlichkeit derselben sei nur auf solche Krankheiten zu beziehen, welche durch eine bestimmte Dienstverrichtung und bei der regelmäßigen Ausübung des Dienstes, resp. durch eine culpa der Herrschaft veranlaßt sei, nicht auf solche, welche sich das Gesinde selbst ohne Veranlassung der Herrschaft zugezogen habe. Das Wort „Außerdem" im §. 88 der Ges. O. führe schon darauf hin, daß der §. 86 beschränkend zu interpretiren.
(Jur. W. 1844 S. 618.)

b) Das Geh. Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. April 1844. Die §§. 86 u. 88 der Ges. O. distinguirten die beiden Fälle, wo der Dienstbote sich durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben die Krankheit zugezogen, und wo dies nicht der Fall, und die Krankheit in einer zufälligen, von der Herrschaft nicht herbeigeführten Veranlassung ihren Grund habe. Die Bestimmung des §. 86 beruhe auf den allgemeinen Grundsätzen des A. L. R. I. 13. §§. 80—81 und insbesondere darauf, daß der allgemeine oder spezielle Auftrag, mit dessen Ausrichtung der Dienstbote sich eben beschäftigte, den Unfall oder die Krankheit speciell herbeigeführt habe, und solchergestalt für die Herrschaft eine durch das Vertragsverhältniß hervorgerufene besondere Verpflichtung gegen den Dienstboten vorliege. Wo dieser spezielle Fall nicht vorliege, habe es bei der allgemeinen Bestimmung des §. 88 sein Bewenden. (a. a. O. S. 619.)

Sechster Titel.

Von Gesellschaften überhaupt, und von Korporationen und Gemeinen insonderheit.

§§. 13—15. 1) Ueber die Frage: in wiefern Kranken-, Sterbe-, und ähnliche Kassen für moralische Personen zu erachten und Grundstücke und Kapitalien auf ihren Namen zu erwerben berechtiget sind? vergl. R. v. 9. Sept. 1844.
(Justizmin. Bl. 1844. S. 206., s. zum A. L. R. I. 11. §§. 651 sqq., Oben S. 58.)

2) Vergl. Zus. zu §§. 83—85. h. t.

§§. 22 sqq. Von Aktien-Gesellschaften.

Sintenis, de societate quaestuaria, quae dicitur Aktien-Gesellschaft. Lips. 1837.
Gans, über Aktien-Gesellschaften. Ein Gutachten. (In den Beiträgen zur Gesetzrevision, S. 177 ff.)
Gräff, das Gesetz über die Aktien-Gesellschaften, v. 3. Nov. 1843. (In dessen Archiv für das Preuß. Handels- u. Wechsel-Recht, Bd. I. H. 1. S. 163 ff. und H. 2. S. 31 ff.)
Koch, Lehrbuch des Preuß. gem. Privatrechts, Bd. I. S. 644—648.

Aktien-Gesellschaften sind Vereine zur gemeinschaftlichen Ausführung einer bestimmten Unternehmung, wobei das erforderliche Kapital in bestimmte Quoten getheilt, und jeder dieser Antheile durch eine Urkunde (Aktie) verbrieft wird. Es bestanden dergleichen bereits vor der Publikation des A. L. R. im Preuß. Staate (z. B. die Assekuranz-Gesellschaften, die Emdensche Heerings-, die Seehandlungs- und Tabaks-Kompagnien). Diese Gesellschaften gründeten sich auf specielle Privilegien, welche die Bestimmungen über ihr Verhältniß gegen den Staat und die Art der Verwaltung und Vertheilung ihres Vermögens enthielten. Obwohl nun das A. L. R. an einigen Stellen (§. 12. Tit. 2., §. 793. Tit. 11. §. 415. Tit. 12. Thl. I.) der Aktien erwähnt, so enthält dasselbe doch keine besondern Vorschriften über Aktien-Gesellschaften selbst, sondern beschränkt sich darauf, die mit einem Privilegium versehenen Gesellschaften für eine Kategorie der erlaubten zu erklären, deren Verhältnisse hauptsächlich nach dem Inhalte der ihnen ertheilten Privilegien, und subsidiarisch nach den Vorschriften über erlaubte Gesellschaften zu beurtheilen (§§. 22 u. 23 h. t.)

Die großen industriellen Unternehmungen der neueren Zeit, zu deren Ausführung sich Associationen in Form von Aktien-Gesellschaften bildeten, führten das Bedürfniß einer besonderen Gesetzgebung über dieselben herbei. Es machte sich besonders fühlbar, daß den sich gebildeten

Aktien-Gesellschaften als solchen, mit Rücksicht auf §. 13 h. t., die juristische Persönlichkeit fehlte, und daß zwar, nach §. 11. h. t. der Gesellschaftsvertrag für die Rechte und Pflichten der Mitglieder unter sich maaßgebend sein sollte, dagegen im Verhältnisse gegen Dritte, nach §. 12. h. t., die Aktionärs als Theilnehmer einer gemeinsamen Verbindlichkeit zu betrachten, mithin mit ihrem ganzen Vermögen für die Anforderungen Dritter an die Gesellschaft solidarisch (A. L. R. I. 17. §. 239) verhaftet waren.

Insbesondere machten die seit den Jahren 1837 in Preußen entstandenen Eisenbahn-Gesellschaften die Ausfüllung der erwähnten Lücke der Gesetzgebung nothwendig und das G. v. 3. Nov. 1838 [1]) nahm darauf in Betreff dieser Art der Aktien-Gesellschaften die erforderliche Rücksicht. Indeß fehlte es fortdauernd an einem allgemeinen Gesetze über Aktien-Gesellschaften. Diesem Bedürfnisse wurde genügt durch das für den ganzen Umfang der Monarchie erlassene G. v. 9. Nov. 1843 über die Aktien-Gesellschaften.

Wir Friedrich Wilhelm rc. verordnen über die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erforderten Gutachten Unseres Staatsraths, für den ganzen Umfang Unserer Monarchie, was folgt:

I. Allgemeine Grundsätze.

§. 1. Aktiengesellschaften mit den im gegenwärtigen G. bestimmten Rechten und Pflichten können nur mit landesherrlicher Genehmigung errichtet werden.

Der Gesellschaftsvertrag (das Statut) ist zur landesherrlichen Bestätigung vorzulegen.

§. 2. Der Gesellschaftsvertrag ist gerichtlich oder notariell aufzunehmen oder zu vollziehen. Derselbe muß insbesondere bestimmen:

1) die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2) den Gegenstand des Unternehmens und ob dasselbe auf eine gewisse Zeitdauer beschränkt ist oder nicht;
3) die Höhe des Grundkapitals, sowie der einzelnen Aktien, und ob diese auf jeden Inhaber, oder auf bestimmte Inhaber gestellt werden sollen;
4) die Grundsätze, nach welchen die Bilanz (§. 24.) aufzunehmen ist.
5) die Art der Vertretung und die Formen für die Legitimation der Vertreter;
6) die Form, in welcher die Zusammenberufung der Mitglieder erfolgt;
7) die Art und Weise, wie das Stimmrecht von den Mitgliedern ausgeübt wird;
8) die Gegenstände, über welche schon durch einfache Stimmenmehrheit oder nur durch eine noch größere Anzahl von Mitgliedern Beschluß gefaßt werden kann;
9) die öffentlichen Blätter, in welchen die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen sollen.

§. 3. Der bestätigte Gesellschaftsvertrag wird durch das Amtsblatt desjenigen Regierungsbezirks, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat, bekannt gemacht.

Eine Anzeige von der Bestätigung des Gesellschaftsvertrages ist in die Gesetzsammlung aufzunehmen.

Ist jedoch der Gesellschaft die Ausstellung der Aktien auf jeden Inhaber gestattet, oder sind derselben, über die Bestimmungen des gegenwärtigen G. hinaus, besondere Vorrechte beigelegt worden, oder sind im Statut die Bestimmungen des gegenwärtigen G. abgeändert, so muß die vollständige Aufnahme des Gesellschaftsvertrages nicht blos in das Amtsblatt, sondern auch in die G. S. erfolgen [2]).

---

[1]) Vergl. dasselbe zum A. L. R. II. 15. §§. 1—7. (Ergänz. Bd. 6. S. 384 ff.)

[2]) In Gemäßheit dieser Vorschrift sind als vom Staate anerkannte Aktien-Gesellschaften zusammengetreten:

a) Die Eisenbahn-Gesellschaften (s. zum A. L. R. II. 15. §§. 1—7.)
b) Die Privat-Chausseebau-Gesellschaften (s. zum A. L. R. II. 15. Absch. 2 am Schluß Nr. V.)
c) Die Magdeburger Feuer-Versicherungs-Aktien-Gesellschaft. (Bestät. Urkunde v. 17. Mai 1844, G. S. 1844. S. 275.)
d) Die Stettin-Swinemünder-Dampfschifffahrts-Gesellschaft. (Bekanntmachung der Min. d. F. u. der J. v. 15. Nov. 1844., G. S. 1844. S. 703.)
e) Der Rauensche Bergwerks-Verein. (Bekanntm. derselben Min. v. 14. Dec. 1844., G. S. 1844. S. 704.)
f) Die Stettiner-Stromversicherungs-Gesellschaft. (K. O. v. 3. Mai. 1845, G. S. 1845. S. 424.)
g) Die Berliner Land- u. Wasser-Transport-Versicherungs-Gesellschaft. (K. O. v. 7. März 1845, G. S. 1845. S. 216.)
h) Die Aktien-Vereine des zoologischen Gartens bei Berlin u. der damit verbundenen zoologischen Gesellschaft. (Bestät. Urk. v. 7. Mai 1845., G. S. 1845. S. 244.)
i) Die Preuß. National-Versicherungs-Gesellschaft zu Stettin. (K. O. v. 31. Okt. 1845, G. S. 1845. S. 789.)
k) Die Ruhrorter Dampfschifffahrts-Gesellschaft. (Bestät. Urk. v. 6. Juli 1845, G. S. 1845. S. 507.)

Die Kosten der Bekanntmachung durch das Amtsblatt trägt die Gesellschaft.

§. 4. Jede Veränderung oder Verlängerung des Gesellschaftsvertrages bedarf ebenfalls der landesherrlichen Genehmigung, so wie der im §. 3. vorgeschriebenen Bekanntmachung.

§. 5. Die Aktiengesellschaft darf keine Firma annehmen, welche die Namen der Betheiligten ausdrückt, sondern ist nach dem Gegenstande, für welchen sie errichtet worden, zu benennen.

§. 6. Die Konzession einer Aktiengesellschaft kann vom Landesherrn aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls gegen Entschädigung zurückgenommen werden.

Die Entschädigung erstreckt sich jedoch nur auf den wirklichen Schaden, nicht auf den entgangenen Gewinn.

Ueber die Höhe der Entschädigung entscheidet in streitigen Fällen der Richter.

§. 7. Macht sich eine Aktiengesellschaft eines groben Mißbrauchs ihres Privilegiums schuldig, so geht dieselbe ihres Rechts ohne Entschädigung verlustig.

Die Aufhebung des Rechts kann jedoch in diesem Falle nur durch Richterspruch erfolgen.

II. Rechtsverhältniß der Aktiengesellschaften und der Aktionaire.

1. Im Allgemeinen.

§. 8. Aktiengesellschaften erlangen durch die landesherrliche Genehmigung die Eigenschaft juristischer Personen, und insbesondere das Recht, Grundstücke und Kapitalien auf ihren Namen zu erwerben und in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen.

§. 9. Die Aktiengesellschaften, welche auf Gewerbe oder Handelsunternehmungen gerichtet sind, haben kaufmännische Rechte und Pflichten.

Uebernehmen sie Wechselverbindlichkeiten, so ist gegen sie zwar der Wechselprozeß zulässig, die Exekution findet jedoch nur in das Vermögen der Gesellschaft statt.

An Orten, wo kaufmännische Korporationen bestehen, sind sie denselben beizutreten verpflichtet.

§. 10. So weit das Statut über die Rechte und Pflichten der Aktionaire gegeneinander keine besondere Bestimmungen enthält, kommen die am Sitz der Gesellschaft geltenden gesetzlichen Vorschriften über Gesellschaftsverträge zur Anwendung.

2. Aktien auf jeden Inhaber.

§. 11. Wird der Gesellschaft die Ausstellung von Aktien auf jeden Inhaber gestattet, so darf

1) die Ausgaben der Aktien vor Einzahlung des ganzen Nominalbetrages derselben nicht erfolgen, und eben so wenig dürfen über die geleisteten Partial-Zahlungen Promessen oder Interimsscheine, welche auf den Inhaber lauten, ausgestellt werden;
2) der Zeichner der Aktie ist für die Einzahlung von 40 Prozent des Nominalbetrages der Aktie unbedingt verhaftet; von dieser Verpflichtung kann derselbe weder durch Uebertragung seines Anrechts auf einen Dritten sich befreien, noch Seitens der Gesellschaft entbunden werden;
3) ob und unter welchen Maaßgaben nach erfolgter Einzahlung von 40 Prozent die Uebertragung der aus den geleisteten Zahlungen entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten an einen Dritten zulässig ist, muß im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden.

3. Aktien auf bestimmte Inhaber.

§. 12. Werden die Aktien auf bestimmte Inhaber ausgestellt, so muß die genaue Bezeichnung derselben nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen werden.

Geht das Eigenthum der Aktie auf einen Andern über, so ist dieser zur Vermerkung in dem Aktienbuche anzumelden.

Im Verhältniß zu der Gesellschaft werden nur diejenigen als die Eigenthümer der Aktien angesehen, die als solche im Aktienbuche verzeichnet sind.

§. 13. So lange der Aktionair den Betrag der Aktie nicht vollständig berichtigt hat, wird er durch Uebertragung seines Anrechts auf einen Andern von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Rückstandes nur dann befreit, wenn die Gesellschaft hierzu ihre Einwilligung ertheilt.

Auch in diesem Falle bleibt der austretende Aktionair auf Höhe des Rückstandes für alle bis dahin von der Gesellschaft eingegangene Verbindlichkeiten noch auf Ein Jahr, vom Tage des Austritts angerechnet, subsidiarisch verhaftet.

4. Gemeinsame Bestimmungen für beide Arten von Aktien.

§. 14. Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall der verzögerten Einzahlung des gezeichneten Aktienbetrages oder eines Theils desselben Konventionalstrafen ohne Rücksicht auf die sonst stattfindenden gesetzlichen Einschränkungen festgesetzt werden.

§. 15. Kein Aktionair ist schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen, als den Nominalbetrag der Aktie; er kann aber auch, außer dem Falle der Auflösung der Gesellschaft, den einzahlten Betrag niemals zurückfordern.

§. 16. Der Aktionair tritt für seine Person zu den Gläubigern der Gesellschaft nicht in das Verhältniß eines Schuldners, sondern bleibt, so weit der Betrag der Aktie noch nicht berichtigt ist, nur Schuldner der Gesellschaft.

§. 17. Die Gesellschaft darf das statutenmäßige Grundkapital durch Rückzahlung an die Aktionaire nicht verkleinern.

Die Stipulation von Zinsen zu bestimmter Höhe ist nur für denjenigen, im Statute anzugebenden, Zeitraum zulässig, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erfordert. Von letzterem Zeitpunkte an darf unter die Aktionaire, sei es in Form von Zinsen oder Dividenden ein Mehreres, als nach den Jahresbeschlüssen sich an Ueberschuß ergiebt, nicht vertheilt werden.

§. 18. Bei entstehender Insolvenz der Gesellschaft sind die Aktionaire zur Erstattung der früher an sie ausgezahlten Zinsen und Dividenden nicht verbunden.

III. Rechte und Pflichten der Vorsteher der Gesellschaft.

§. 19. Die Geschäfte der Gesellschaft werden durch einen, nach Vorschrift des Statuts bestellten Vorstand verwaltet, dessen jedesmalige Mitglieder öffentlich bekannt gemacht werden müssen. (§. 2. Nr. 9.)

§. 20. Die Vorsteher sind aus den von ihren Namens der Gesellschaften geführten Geschäft und eingegangenen Verbindlichkeiten für ihre Person einem Dritten nur dann verpflichtet, wenn sie den Bestimmungen im §. 11. Nr. 1. §§. 12, 17, 24, 25, 27 und 29 entgegen handeln.

§. 21. Die Befugniß des Vorstandes zur Vertretung der Gesellschaft bei gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften, erstreckt sich auch auf diejenigen Fälle, in welchen eine Spezialvollmacht erforderlich ist.

§. 22. Die Insinuation der Vorladungen und anderer Zufertigungen an die Gesellschaft ist gültig, auch wenn sie nur an Ein Mitglied des Vorstandes geschieht.

§. 23. Eide, Namens der Gesellschaft, werden von dem Vorstande abgeleistet.

§. 24. Der Vorstand ist schuldig, die zur Uebersicht der Vermögenslage erforderlichen Bücher zu führen, auch in den ersten drei Monaten eines Geschäftsjahres eine Bilanz des Gesellschaftsvermögens zu ziehen, und in ein dazu bestimmtes Buch einzutragen. Die Bilanz ist der Regierung mitzutheilen, in deren Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat.

§. 25. Ergiebt sich aus der letzten Bilanz, daß sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, so muß der Vorstand dies unverzüglich öffentlich bekannt machen.

Die Regierung muß in diesem Falle von den Büchern der Gesellschaft Einsicht nehmen, und kann nach Befinden der Umstände die Auflösung der Gesellschaft verfügen.

§. 26. Beträgt das Vermögen der Gesellschaft nach der vorgelegten Bilanz nicht mehr so viel, daß dasselbe die Schulden deckt, so muß das Gericht, welchem die Regierung davon Mittheilung zu machen hat, den Konkurs (Falliment) von Amtswegen eröffnen.

§. 27. Die Bücher der Gesellschaft sind dreißig Jahre lang aufzubewahren.

Bei Auflösung der Gesellschaft sind die Bücher dem Handelsgerichte des Orts oder Bezirks, oder wo besondere Handelsgerichte nicht bestehen, dem Civilgerichte, welchem die Gesellschaft unterworfen, zur Aufbewahrung auf die Dauer von zehn Jahren zu übergeben.

IV. Auflösung der Gesellschaft.

§. 28. Durch den Tod einzelner Mitglieder wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, auch können einzelne Mitglieder nicht auf Theilung antragen.

Dagegen hört die Gesellschaft auf:

1) in den Fällen der §§. 6 und 7;
2) durch Ablauf der statutenmäßig bestimmten Zeit;
3) durch statutenmäßigen Beschluß der Mitglieder mit landesherrlicher Genehmigung,
4) durch Verfügung der Regierung im Falle des §. 25;
5) durch Eröffnung des Konkurses (Falliments.)

§. 29. Die bevorstehende Auflösung der Gesellschaft ist in den Fällen des §. 28 Nr. 1—4 zu drei verschiedenen Malen durch die öffentlichen Blätter (§. 2 Nr. 9.) bekannt zu machen.

Die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens darf nicht eher vollzogen werden, als nach Verlauf von sechs Monaten, von dem Tage an gerechnet, wo die Bekanntmachung zum dritten Male erfolgt ist.

Durch diese Bekanntmachung müssen zugleich die Gläubiger aufgefordert werden, sich bei der Gesellschaft zu melden. Die bekannten Gläubiger sind hierzu durch besondere Erlasse aufzufördern.

Diejenigen Gläubiger, welche sich nicht innerhalb sechs Monaten melden, gehen ihrer Rechte, zu Gunsten der Gesellschaft, verlustig.

Im Falle der Auflösung wegen Insolvenz (§. 28 Nr. 5.) tritt das Konkurs- (Falliments-) Verfahren ein.

§. 30. Auf die bereits bestehenden Aktiengesellschaften findet dieses G. keine Anwendung.

Urkundlich rc. (G. S. 1843. S. 341.)

Die Allerhöchst festgestellten Grundsätze in Ansehung der Konzessionirung der Aktien-Gesellschaften sind durch die mittelst R. der K. Min. der G., U. u. M. Ang., des J. und d. F. v. 22. April 1845 mitgetheilte Instruktion der gen. Min. de eod. dat. zur öffentlichen Kenntniß gebracht. Diese Instruktion ertheilt darüber folgende Bestimmungen:

I. Der Antrag auf Genehmigung der Errichtung einer Aktien-Gesellschaft ist überhaupt nur dann zur Berücksichtigung geeignet, wenn der Zweck des Unternehmens

1) an sich aus allgemeinen Gesichtspunkten nützlich und der Beförderung werth erscheint, und zugleich
2) wegen der Höhe des erforderlichen Kapitals, oder nach der Natur des Unternehmens selbst das Zusammenwirken einer größeren Anzahl von Theilnehmern bedingt, oder doch auf diesem Wege eher und sicherer als durch Unternehmungen Einzelner zu erreichen ist.

In der letzteren Hinsicht wird es insbesondere bei Gewerbe- und Handels-Unternehmungen zunächst darauf ankommen, ob das beabsichtigte Unternehmen an und für sich ein so beträchtliches Kapital erfordert, daß es von Einzelnen nicht wohl in angemessenem Umfange begründet und betrieben werden kann; sodann wird aber, sofern es sich darum handelt, einen Industrie- oder Geschäftszweig, dessen Aneignung und Verbreitung im allgemeinen Interesse wünschenswerth ist, hervorzurufen, oder da, wo er noch unausgebildet geblieben ist, zur weiteren Entwickelung zu fördern, auch darauf zu sehen sein, ob das Unternehmen mit Rücksicht auf die Unsicherheit des Erfolges von der Art ist, daß es für das Zustandekommen desselben der Vertheilung des darin anzulegenden Kapitals auf eine größere Anzahl von Theilnehmern bedarf, welche bei gemeinsamer Uebertragung der etwa eintretenden Verluste davon weniger empfindlich betroffen werden. In Ermangelung dieser Voraussetzungen, namentlich dann, wenn von neuen Etablissements in einem schon einheimischen Industrie- oder Geschäftszweige die Rede ist, der füglich von Einzelnen verfolgt und ausgebildet werden kann, wird auf Anträge wegen Genehmigung der Errichtung von Aktien-Gesellschaften nicht einzugehen sein.

II. Die Genehmigung zur Errichtung solcher Gesellschaften, deren Aktien auf jeden Inhaber (au porteur) gestellt werden sollen, wird nur ausnahmsweise aus besonderen Gründen ertheilt werden. Es wird dabei hauptsächlich der Gesichtspunkt leitend sein, ob das Unternehmen
1) über den Kreis örtlicher Wirksamkeit und Nützlichkeit hinausgeht, und im höheren Interesse des Gemeinwohls besondere Begünstigung verdient, und ob dasselbe
2) ohne Gestattung der Ausgabe derartiger Aktien überhaupt nicht würde zur Ausführung kommen können.

Zu Unternehmungen der letzteren Art werden vorzugsweise ausgedehnte Unternehmungen von Kommunications-Anstalten, die auf Erleichterung des allgemeinen großen Verkehrs berechnet sind, gezählt werden dürfen, sofern dafür die erforderlichen Kapitalien aus weitem Kreise herbei gezogen werden müssen.

III. In allen Fällen kommt es ferner darauf an, daß die Gesellschaft durch die Art ihrer Begründung eine genügende Bürgschaft gegen Täuschungen und Beeinträchtigungen des Publikums gewähre. Demgemäß ist die Prüfung sowohl auf die Zuverlässigkeit und Solidität Derjenigen, welche an die Spitze des Unternehmens treten, als auch auf die Zulänglichkeit der zusammenzubringenden Fonds für die Begründung und den Betrieb des Unternehmens in dem beabsichtigten Umfange mit zu richten.
(Min. Bl. d. i. Bl. 1845. S. 120.)

§. 83. K. O. v. 3. Juli 1842. Den Klein-Kinderbewahr-Anstalten in Berlin soll, mit den ihnen beigelegten Korporationsrechten, das Recht zum Besitze von Grundstücken und Kapitalien zustehen. (Justizmin. Bl. 1842. S. 295.)

§. 139. Das Geh. Ob. Trib. hat mittelst Plenar-Beschl. v. 27. Juni 1845 angenommen:

a) daß einzelnen Mitgliedern einer Korporation, welche von den mit Genehmigung der vorgesetzten Staatsbehörde ernannten, in Funktion befindlichen Vorstehern derselben auf Erfüllung ihrer Verbindlichkeit gegen die Gesellschaft, in rechtlichen Anspruch genommen werden, nicht freistehe, die Gültigkeit der Wahlen, aus denen ein Vorstands-Beamter hervorgegangen, zum Gegenstande einer Einrede zu machen; und

b) daß eine gerichtliche Verhandlung, worin die Wähler selbst in der sie zu der Wahl befähigenden Eigenschaft anerkannt sind, nur dann für eine dergleichen gültige und durchgreifende Bescheinigung zu erachten, wenn das Anerkenntniß von der Aufsichtsbehörde, namentlich also auch bei Eisenbahn-Gesellschaften von dem beständigen Regierungs-Kommissarius, ausgegangen ist. (Justizmin. Bl. 1845. S. 169.)

Diese Grundsätze hat das Geh. Ob. Trib. auch in den Erkenntnissen angenommen, welche in Ulrich Bd. 11. S. 515 ff. mitgetheilt werden.

Druck und Papier von Heinrich Richter in Breslau.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gräff, Heinrich, 1800-1861

Ergänzungen und Erläuterungen der Preussischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft unter Benutzung der Justizministerial-Akten und der Gesetz-Revisions-Arbeiten, hrsg. von H. Gräff ...
Bd.: [11,1]

Breslau 1846

J.germ. 49 w-11,1/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10551045-0